



La defectuosa construcción del lawfare como mito en Brasil y Argentina: entre la pesadilla y el noble sueño de la neutralidad política en la justicia penal^(*)

Constructing a Defective Myth: The Case of Lawfare Between Nightmare and a Noble Dream of Neutral Politics in Criminal Courts

Luciano D. Laise^(**)

Universidad de Piura (Lima, Perú)

Resumen: La notoriedad que han adquirido los procesos penales contra personajes de la política hispanoparlante ha llevado a algunos a sostener que estamos ante un embate perverso contra líderes populares que se oponen a las agendas neoliberales del norte global. Frente a tal asunto, en este artículo pretendo reconstruir de manera sistemática la literatura especializada sobre el concepto de *lawfare*. Luego, esbozaré la naturaleza tanto mítica como falaz de muchas de las explicaciones e implicaciones sobre el llamado *lawfare*. A partir de esto se advertirán dos cuestiones relevantes: (i) el necesario respeto de las garantías procesales básicas para toda persona que resulta acusada de graves delitos de corrupción, y (ii) la inevitable dimensión política de la interpretación jurídica.

Palabras clave: Corrupción - Guerra híbrida - Mito político - Argumentación jurídica - Derecho al debido proceso - Lawfare

Abstract: The notoriety that criminal proceedings against Latin-American political figures have acquired led some to argue that such proceedings constitute a perverse attack against popular leaders who oppose the neoliberal agendas of the global north. Before this issue, in this article I intend to systematically reconstruct the specialized literature on the concept of lawfare. Then I will outline both mythical and fallacious nature of many of the explanations and implications for so-called lawfare. Since those criticisms, I will highlight two relevant topics: (i) the necessary respect for the basic procedural guarantees for any person who is accused of serious crimes against public administration, and (ii) the inevitable political dimension of legal interpretation.

Keywords: Corruption - Hybrid war - Political myth - Legal argumentation - Right to due process - Lawfare

^(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 16 de agosto de 2023 y su publicación fue aprobada el 16 de octubre de 2023.
^(**) Doctor en Derecho por la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Profesor de Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Lima, Perú). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4249-5948>. Correo electrónico: luciano.laise@udep.edu.pe.



1. Planteamiento del problema: yendo más allá del mito del lawfare

La palabra *lawfare* es cada vez más pronunciada por intelectuales, militantes, políticos y juristas que simpatizan con ideas progresistas o de izquierdas. Esto se manifiesta con particular intensidad a partir del momento en que uno de sus líderes políticos es acusado formalmente de cometer algún crimen contra la administración pública. Ahora bien, ¿qué significa *lawfare*?

La respuesta a esta interrogante básica no resulta tan sencilla⁽¹⁾. Pero, a grandes rasgos, quienes denuncian una persecución judicial de políticos, la cual califican como *lawfare*⁽²⁾, suelen plantear conceptualizaciones tales como: “la colusión del activismo del Poder Judicial con los medios masivos de comunicación para utilizar la infamia como herramientas ofensivas al servicio de los intereses económicos-políticos de las minorías dominantes y privilegiadas” (Bielsa y Peretti, 2020, p. 1). El *lawfare* resulta ser una instrumentalización de la justicia penal con el fin de socavar al adversario por fuera de las instituciones constitucionales, de la deliberación política o de la contienda electoral.

Con todo, el problema que abordaré en este trabajo es que las conceptualizaciones del *lawfare* presentan un serio inconveniente, al menos tal como se las presentan al momento de defender a políticos profesionales como Fernández de Kirchner o Lula da Silva. Me refiero a que estaríamos frente a un concepto que funciona deficientemente como un mito. Esto se debería a que se trata de esfuerzos que configuran una narrativa primordial, la cual pretende cumplir una función de orientación de la praxis política (Sorel, 1978, p. 125); a saber, la defensa de los líderes políticos progresistas supuestamente comprometidos con una emancipación de la región latinoamericana de la injerencia estadounidense. Sin embargo, esa naturaleza mítica termina siendo opacada mediante una narrativa que descansa en referencias a una base fáctica bastante difusa. No obstante, el sustento empírico en que se asienta la guerra judicial más que verdadero o falso resulta, ante todo, falaz.

Nótese que la noción de falacia no implica abrir juicio sobre la veracidad de las premisas del razonamiento, sino sobre su corrección formal (Nava Tovar, 2019, p. 5). Lo que trato de poner de relieve es que la manera en que se suele discurrir sobre lo que se designa como *lawfare* está plagada de defectos a nivel de lo que debería ser un razonamiento formalmente correcto. Ello dificulta la posibilidad de articular un discurso coherente, claro y consistente sobre un problema jurídico relevante; a saber, la

posibilidad de introducir un umbral de garantías procesales significativamente más bajo para el caso de políticos de alto perfil que son acusados de crímenes contra las arcas públicas.

Ahora bien, por más que este trabajo brindará una lectura sumamente crítica de una parte significativa de los desarrollos teóricos de “la guerra judicial” coincido bajo otras coordenadas teóricas en la naturaleza política de la interpretación de la ley penal (Laise, 2023, p. 48). Esto no debe confundirse con la defensa o conveniencia de una determinación del significado de las disposiciones jurídico-penales que esté fuertemente comprometida con alguna facción política del color ideológico que fuera. De lo que se trata es de poner de relieve que la práctica judicial del derecho penal no puede escapar de una deliberación sesuda sobre lo que es mejor para la comunidad (Goldford, 1990, p. 276). Sin embargo, esa resolución ha de efectuarse bajo unos límites o condicionamientos precisos con el fin de evitar caer en una elección *pro amico* (Lombardi Vallauri, 1981, pp. 74-75).

Así, en este artículo sostendré que la línea de demarcación entre *lawfare* o persecución política a través de medios judiciales y represión legítima de ilícitos penales cometidos por políticos profesionales resulta mucho más nítida cuando se pone el foco en un asunto particular. Me refiero concretamente al respeto del contenido básico de las garantías procesales de toda persona involucrada en la política que resulta acusada de cometer un injusto penal (Streck, 2022, pp. 772-773). De esta manera, la guerra judicial emerge cuando se advierte un umbral de tutela de los derechos fundamentales que no depende de la condición personal de todo ser humano, sino de sus posiciones o roles que ocupa en la sociedad. En otras palabras, el *lawfare* se presentaría como problemático cuando configura uno de los tantos fenómenos en que las garantías procesales no rigen por igual para todos los seres humanos.

(1) Algunos autores que califican peyorativamente a prácticas como *lawfare* consideran que ese concepto todavía no cabe delimitarlo a nivel teórico porque “su definición está en plena construcción” (Bent y Delgado, 2021, p. 60).

(2) En este trabajo emplearé el término “guerra judicial” como sinónimo de *lawfare*. Entiendo que ambas palabras tienen sutiles matices semánticos, pero me permito esta licencia para no saturar al lector con el mismo anglicismo a lo largo de todo el artículo.



Con el fin desplegar la tesis del presente trabajo, emprenderé el siguiente recorrido: (i) sistematizaré las principales conceptualizaciones de la guerra judicial con el fin de determinar en qué consiste esa noción; (ii) luego, procederé a revelar cómo tales conceptualizaciones incurren en distintas clases de falacias extralingüísticas. (iii) En tercer lugar, propondré un criterio que permita distinguir entre prácticas judiciales calificables como *lawfare* y aquellas que son un legítimo ejercicio del poder punitivo conforme al *Rule of Law*. Por último, (iv) finalizaré con un apartado en que brindaré un balance conclusivo sobre los principales aportes del presente artículo.

2. ¿Qué significa *lawfare*? Un concepto polémico y controvertido

El caso de Lula da Silva suele ser indicado como el ejemplo paradigmático o, al menos, uno de los casos más representativos de *lawfare* (Romano, 2022, p. 90). Los abogados defensores del expresidente brasileño, Zanin y Martins, afirman que el proceso penal en el que este fue acusado tenía el claro objetivo tanto de desestabilizar al gobierno de Dilma Rousseauf como de lograr la proscripción de Lula da Silva. La manipulación de tal proceso penal no lograba ser un fenómeno designado con alguna expresión capaz de comunicar tal mensaje con toda la contundencia posible. No había término lo suficientemente expresivo para resaltar que se estaba abusando del derecho con el fin de alcanzar ilegítimos fines políticos (Zanin et al., 2021, p. xv).

Entonces, Zanin y Martins recogen el término *lawfare* de la obra de Kittrie, quien sostiene que diversos agentes no estatales utilizan las instituciones jurídicas con el fin de proteger los intereses estadounidenses para obtener resultados similares a los que se alcanzan por medio de las guerras convencionales. Aún más, Kittrie sostiene que la utilización del derecho como instrumento de guerra es cada vez más frecuente (2016, p. 1). De esta manera, a partir de la obra del citado jurista estadounidense, Zanin et al. despliegan una definición bastante precisa sobre lo que ellos entienden por *lawfare*.

Más aún, los citados autores brasileños reconstruyen una definición supuestamente neutral a nivel ideológico; esto es, afirman que el *lawfare* significa emplear el derecho como un arma y, como tal, esto admite tanto usos loables como despreciables. Con todo, siguiendo la línea trazada por Kittrie, esta última definición sería incompleta. Lo propio del *lawfare* no solo es emplear al derecho como un medio, instrumento o arma para lograr efectos similares a los que se arribaría por medios militares. Lo decisivo, según Zanin et al., resulta que todo ese embate se impulse con el fin de debilitar o, en algunos casos, aniquilar al adversario a nivel político (2021, p. 3). En cualquier caso, se podría decir que los defensores penales de Lula da

Silva tomaron una expresión de un contexto académico angloparlante y lograron insertarla en la arena política latinoamericana.

Así, advertimos que el concepto de *lawfare*, como toda noción que participa de la discusión política, es de naturaleza esencialmente controvertida (Gallino et al., 2022, p. 2). Ramina y Proner afirman que el *lawfare* se inscribe dentro de las maniobras propias de la “guerra híbrida” (2023, pp. 12-13). No se trata de una noción radicalmente nueva. Al fin y al cabo, siempre se han empleado medios no militares con el fin de alcanzar objetivos en el campo de batalla. La guerra híbrida que se desarrolla en la hora presente refiere a que los gobiernos estatales y los actores no estatales disputan sus objetivos en múltiples dominios de manera simultánea. Lo que a veces puede resultar en un movimiento desfavorable en el tablero convencional, puede conseguirse ventajosamente a través de otro dominio, como sería el campo judicial (Fonseca Lindez, 2019, p. 121).

Ahora bien, ¿cuál sería el objetivo de tales escenarios de guerra híbrida? Pues desestabilizar a líderes latinoamericanos populares que realizan políticas que se oponen a la hegemonía estadounidense. Se trata, de acuerdo con Proner, de socavar a gobiernos progresistas cuyos proyectos consisten en dos pilares: “trabajar por la justicia social y buscar la afirmación de la soberanía” (2023, p. 431). Por ende, todo fenómeno de *lawfare* supone una dimensión destituyente (Gallino et al., 2022, p. 8). De esta manera, en alianza con sectores conservadores locales, Estados Unidos de América pretende extender sus tentáculos con el fin de mantener en nuestra región como un espacio territorial bajo su control (Sierra Caballero, 2022, p. 173). Dicho de otro modo, el propósito de la guerra híbrida que sufriríamos los países latinoamericanos se dirige a apuntalar el dominio estadounidense sobre los destinos del “sur global”; particularmente ante gobiernos progresistas.

Las consecuencias del descrito estado de situación es lo que Zaffaroni llama “descuartizamiento” del derecho penal y su realización por excelencia; es decir, el proceso penal. Esto ha llevado a la mutación



de casos penales en estrategias políticas. Las luchas emprendidas por líderes populares se han desplazado hacia el ámbito o foro judicial. El derecho penal, en consecuencia, deja de funcionar como dique de contención de las demandas irracionales de castigo. Esto se debería precisamente a las acciones del sistema de justicia penal que se presta a estas prácticas ilegítimas. El descuartizamiento del derecho penal estaría siendo llevado a cabo por quienes más deberían procurar la racionalización del derecho penal, esto es, jueces y fiscales (Caamaño et al., 2023, p. 133).

El último elemento que se suele asociar a la proliferación del *lawfare* es el aprovechamiento de los medios de comunicación masiva con la espuria finalidad de orientar la opinión pública en un determinado sentido (Romano, 2021, p. 9). Porque no basta con perseguir a través de medios judiciales al adversario político. Además, el rival ha de ser erosionado tanto como sea posible ante la opinión pública y la población. Se requiere, pues, la dramatización y publicitación de la denuncia por parte de los medios de comunicación (Gallino et al., 2022, p. 8). El escarnio o estigmatización del acusado ante la opinión pública es algo que pretende funcionar como el tiro de gracia que remata a las aspiraciones políticas de los líderes populares.

Lo dicho anteriormente habría sucedido, por ejemplo, con Dilma Rousseff y Lula da Silva. Las tomas fotográficas del expresidente brasileño cuando era trasladado al penal en que estaba destinado a cumplir su prisión preventiva fueron imágenes que se repitieron incesantemente en los medios de comunicación masiva de toda la región. “Cientos de portadas de diarios y numerosas horas de televisión” se habrían dedicado a mostrar el arresto de Lula da Silva (Romano, 2022, p. 98). Aún más, algo similar habría sucedido a nivel mundial, tal como se puede apreciar en los titulares de los más prestigiosos medios de prensa como, por ejemplo, el *New York Times* o el célebre *Washington Post* (Romano, 2022, p. 98).

Ahora bien, lo expuesto hasta el momento supone que tales medios de comunicación masiva poseen dos particulares destrezas. Por un lado, tienen la falta de escrúpulos necesarios para diseminar noticias falsas y, por el otro, la capacidad de configurar el pensamiento de las personas en contra de los acusados (Vegh Weis, 2022, p. 6). Se podría afirmar que quienes denuncian enérgicamente que existen prácticas judiciales que podríamos tildar como *lawfare* asumen que los medios de comunicación tienen el poder suficiente como para determinar absolutamente el curso de la opinión pública. Zaffaroni, por caso, plantea que “cuando alguien hegemoniza por completo el campo comunicacional, nos crea una única realidad, y eso ha pasado en todos los totalitarismos” (2019, p. 10).

En síntesis, los medios de comunicación masiva serían los titereros de la opinión pública y los consumidores de sus productos comunicacionales no seríamos más que marionetas carentes de criterio propio o de un mínimo pensamiento crítico.

3. Balance crítico: el *lawfare* como un mito defectuoso

3.1. El concepto de mito: la construcción de una narrativa que pretende un fin u objetivo político

Lo que se ha descrito sobre las conceptualizaciones del *lawfare* se subsume en el concepto de mito. Se trata esto de una afirmación polémica debido a que la noción misma de mito es controvertida. A partir de la Ilustración se suele reducir al mito a un relato fantástico que promueven la ilusión de algo inexistente; o bien se trata de narrativas que dan rienda suelta a puras abstracciones como, por ejemplo, un minotauro⁽³⁾. La noción de la que partiré más bien se entronca con reconstrucciones teóricas más recientes elaboradas por algunos estudios culturales.

Entonces, en primer lugar, quisiera aclarar que por mito político me refiero a una narrativa que se repite con el fin o propósito de lograr un objetivo político (Segal, 2004, pp. 5-6). Con todo, los defensores de la deseabilidad de caracterizar a los fenómenos que designan como *lawfare* seguramente no se verán reflejados en la noción de mito. Sus esfuerzos teóricos o académicos más bien pretenden cubrir de un manto de objetividad a la denuncia de la persecución política a través de medios judiciales ilegítimos, lo cual se realizaría con la colusión de los medios de comunicación masiva.

Siguiendo el camino de Sorel, cabría remarcar que no es algo central si el mito de *lawfare* se basa en una narrativa respaldada por hechos que son histórica y materialmente verdaderos (1978, pp. 127-129). Lo decisivo es que movilice a los actores políticos a realizar las reformas necesarias en la administración

(3) Al respecto, véase “Principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?”, de Pérez Luño (1997). Algunos autores conciben a esta versión del mito como la proyección de la ilustración, la cual se remonta hasta el S. XIX (Eliade, 1963, pp. 1-2).



de justicia, las cuales han de blindar a los líderes populares de los embates de una persecución política a través del sistema penal. Dicho de otro modo, el mito vale por los efectos que causa, y no por la verdad o falsedad historiográfica de la narrativa primordial de la que parte.

Así, pretendo articular una crítica a la comprensión estándar del *lawfare*, la cual se apoyará en la discusión no del aspecto narrativo sino de la función de ese mito. En tal sentido, me basaré en la conceptualización de Segal quien plantea que un mito se compone de dos elementos: (i) un relato o narrativa primordial; (ii) la cual sedimentó en la cultura de un pueblo con un determinado propósito (2004, pp. 79-80). Aplicado esto al *lawfare*, el aspecto narrativo se suele retrotraer a las penurias que sufrieron, por caso, Lula da Silva, Cristina Fernández de Kirchner, Rafael Correa, Evo Morales o, incluso, Nicolás Maduro (Penha & Back, 2022, pp. 55-59. Todos ellos habrían sufrido injustas persecuciones políticas a través del sistema penal, las cuales se amplificaron con la resonancia mediática de los grandes medios hegemónicos de la comunicación masiva (Cholvis, 2023, p. 27).

Si las investigaciones judiciales en contra de tales expresidentes latinoamericanos fueron hechas de manera correcta o no es un asunto que no abordaré centralmente en este trabajo. Lo que me interesa es plantear que la información sobre la que se sustentan tales denuncias es insuficientemente planteada con el fin de sustentar el propósito del mito de la guerra judicial. Ahora bien, ¿cuál es tal propósito? Sobre este punto versará el próximo subapartado.

3.2. La función del mito del *lawfare*: dos líneas argumentales

El aspecto mítico que resulta más deficiente es la magra y opaca articulación del propósito por el cual se narran esas historias. En concreto, ¿qué se pretende alcanzar con este mito del *lawfare*? ¿Cuál es su función? Pues el propósito de tal mito es fundamentar y validar un cierto orden social⁽⁴⁾. A mi modo de ver, de la literatura especializada brotan de manera implícita dos líneas de respuesta para caracterizar al orden social que el mito de la guerra judicial pretende sustentar. Presentaré tales líneas de modo esquemático y relativamente claro, lo que no equivale a decir que los autores que intervienen en el debate siempre aclaren expresamente en donde están ubicados. De hecho, bien podrían superponerse las líneas que distinguiré en un plano netamente conceptual.

La primera línea argumental, que llamaré de “movilización de acción política” pretende suscitar una reacción popular que oponga resistencia a esos intentos de aniquilamiento o debilitamiento de los líderes populares que avanzaron la justicia social en nuestra región. Se trata de un esfuerzo por despertar a las masas para que salgan en defensa de sus líderes populares

(Vegh Weis, 2021, pp. 28-29). Vegh Weis es una de las autoras que esboza clara y abiertamente una propuesta de acción política en el campo popular para reaccionar ante las prácticas de *lawfare* con el fin de defender a la democracia. El objetivo, pues, es resguardar a la democracia de los embates que provienen de las potencias hegemónicas que toman por aliados a los medios de comunicación masiva y a los partidos políticos de corte conservador o neoliberal.

Una segunda línea argumentativa, la cual resulta la mayoritaria o dominante, se enmarca en la mera formulación de una denuncia retórica. Se trata de caracterizar a las prácticas de *lawfare* como una afrenta a la separación de poderes en el gobierno del Estado; a la imparcialidad de los jueces; o bien una crítica a la injerencia excesiva de los medios de comunicación en la arena política. Estas denuncias parecieran tener una función más bien declamatoria. Los fines de tales denuncias se limitan a revelar que la lucha contra la corrupción suele ser el ropaje que se emplea para la persecución judicial y (cuándo no) el encarcelamiento arbitrario de los líderes populares (Britto, 2021, p. 19). Esto no es más que un modo de imponer modelos neoliberales que se pretenden exportar desde Estados Unidos de América con el propósito de reproducir patrones de dependencia en el sur global (Romano, 2019, p. 24).

Sea cual fuera el propósito que se le atribuya al *lawfare*, ambas líneas argumentales presentan desafíos en el plano argumentativo. La primera línea presenta los retos de la oratoria propia de la movilización de la acción política. Se trata, en efecto, de la formulación de un discurso defensivo de los líderes políticos con el fin de arengar a las masas para movilizar a la acción política en un sentido determinado. La simplificación de las respuestas es una moneda de uso corriente para este tipo de discursos y, por ende, el espacio para el reproche de falacias es más bien limitado.

Sin embargo, la segunda línea argumental sí que presenta notables deficiencias argumentativas y por ello centraré mi interés teórico en ellas. Con esto quiero decir que

(4) Esto es lo que Campbell ha dado en llamar como la función sociológica del mito (1991, p. 65).



la función discursiva del *lawfare* se verá necesariamente desvirtuada, al menos en buena medida, si no se remedian tales deficiencias. En concreto, una articulación significativa de una denuncia de una persecución judicial como *lawfare* requiere una superación de las falacias que suelen esgrimir a través de esos discursos críticos. En otras palabras, la consistencia formal del discurso crítico sobre la llamada guerra judicial descansa en la necesidad de subsanar razonamientos que parecen correctos, pero que en rigor no lo son.

4. Falacias en el discurso crítico sobre el *lawfare*: una paleta de muchos colores

4.1. Bases para un concepto neutral de falacia: un razonamiento defectuoso más allá de las loables (o deleznales) intenciones del orador

Antes de comenzar esta sección quisiera remarcar la diferencia entre falacia y sofisma. La falacia suele ser reconocida como un razonamiento incorrecto, pero que aparenta no serlo (Woods, 2004, p. 6). Ahora bien, la intención deliberada de manipular o engañar no es un elemento necesario del concepto de falacia (Vega Reñón, 2008, p. 627)⁽⁵⁾. Si esto fuera así, como lo plantea Woods, resultaría imposible ser capaz de detectar falacias en la construcción de argumentos formalmente incorrectos (2004, p. 6).

Los sofismas, en cambio, sí que se caracterizan por ser una argucia dolosa. Se tratan estos de un tipo específico de falacia cuya intención resulta netamente manipuladora (Sánchez García, 2010, p. 273). Con esta distinción quiero remarcar que la identificación de una afirmación como falaz no comporta de modo necesario abrir juicio sobre la intencionalidad con la que esta se esgrime. Dicho de otra manera, el reconocimiento de una falacia no implica determinar si el argumento se construyó con el propósito de engañar o manipular al receptor del mensaje.

Asimismo, quisiera aclarar que adhiero lo que podríamos llamar “prácticas óptimas de argumentación”. Esto significa que la formulación de un buen argumento exige que este sea por completo resistente. Lo cual implica que el nivel óptimo de todo ejercicio argumentativo ha de basarse en premisas veraces. Con todo, en este trabajo me guía un objetivo bastante más modesto. Porque pretendo circunscribirme a lo que García Amado llama “justificación interna” del razonamiento; esto es, me limitaré a examinar la dimensión formal de los argumentos

sobre los que se basa el concepto de *lawfare*. Todo lo cual resulta completamente independiente de la veracidad o falsedad material de las premisas (García Amado, 2017, pp. 69-70).

Retomando la cuestión de las falacias, estas pueden inducir al error o bien a tomar por justificado algo que no ha sido adecuadamente fundamentado. Este último punto revela una cuestión de central relevancia para arribar a una definición de falacia más precisa. La cual se podría sintetizar de la siguiente manera: una falacia consiste en un argumento, el cual se caracteriza por transgredir una o más condiciones acerca de lo que es un “buen argumento”. Y lo hace de manera lo suficientemente frecuente en el discurso como para merecer un nombre específico (Johnson, 1987, p. 246). Se trata, pues, de un concepto que cumple una función crítica. Su uso se dirige a cuestionar procedimientos generales que se emplean con el propósito de fijar afirmaciones que tienen una alta probabilidad de generar falsas o infundadas creencias (Fogelin & Duggan, 1987, p. 261).1.5

4.2. Tipos de falacias identificadas en el discurso crítico sobre el llamado *lawfare*

Ahora bien, una definición como la esbozada en este trabajo nos pone ante la siguiente pregunta: ¿qué es un buen argumento⁽⁶⁾? La respuesta básica a este interrogante se descompone en una conclusión que descansa en tres elementos:

Premisas que son relevantes para la conclusión. Cuando ello no ocurre, solemos estar frente a una falacia de *non-sequitur*; esto es, se concluye algo que no se deriva del contenido de las premisas (Damer, 2008, p. 92). Por caso, del hecho de que un juez penal tenga nutridos intercambios telefónicos con la representación diplomática de los Estados Unidos de América, no se sigue necesariamente que este siga órdenes o recomendaciones del gobierno

(5) En un sentido similar, véase “Problems in Argument Analysis and Evaluation”, de Govier (2018).

(6) Para una visión panorámica y sintética de los distintos debates teóricos sobre lo que es un “buen argumento”, véase “What is a Good Argument?”, de Govier (1992).



estadounidense, a diferencia de lo que plantea Ramina (2023, p. 124).

En segundo lugar, las premisas tienen que ser *suficientes* para sostener esa conclusión (Ramina, 2023, p. 124). Por ejemplo, el hecho de que el Fiscal Luciani haya incorporado nuevos elementos probatorios para condenar a Cristina Fernández de Kirchner no basta para impugnar justificadamente esa condena (Romano y Maisonnave, 2023, p. 115). Porque eso vulneraría el derecho a la defensa, pero en la medida en que se le haya impedido a la acusada ser capaz de refutar tales elementos probatorios. Y, sobre todo, esas pruebas nuevas tienen que haber sido necesarias o imprescindibles para arribar a la sentencia condenatoria. Esto se trata de una falacia de eludir la carga de la prueba; es decir, se afirma una tesis para la cual no se ha brindado información que la sustente de manera adecuada (García Damborenea, 2000, p. 38; Damer, 2008, pp. 173-174).

Finalmente, las premisas no solo tienen que ser relevantes y suficientes, sino también aceptables. Esto significa que las premisas deben ser adecuadamente resistentes a embates en cuanto a su cuestionamiento (Johnson, 1987, p. 247). Lo cual, a su vez, en buena medida depende de la audiencia ante la cual se dirija el orador o autor del mensaje. De hecho, suele acontecer que una afirmación resulte falaz ante una determinada audiencia, pero no ante otra⁽⁷⁾.

Por ejemplo, quienes creen en la oscura pretensión de controlar a los gobernantes del sur global que no se alinean a los intereses de poderes hegemónicos que representa Estados Unidos, fácilmente podrían tomar como aceptables a muchos de los supuestos casos de *lawfare* como, por ejemplo, el de Lula da Silva. Y, en cambio, quienes rechazan tales marcos teóricos, como Gargarella, exigirán un estándar argumentativo bastante más alto. De hecho, el citado autor no duda en llamar al *lawfare* como “cuento chino” (Schvartzman, 2021).

Porque, en definitiva, quienes caracterizan a determinadas prácticas como guerra judicial presuponen una distinción peculiar, la cual se apoya en un criterio de diferenciación que no desarrollan en modo alguno. En concreto, tales personajes no brindan un patrón de diferenciación claro de *lawfare* respecto de otros fenómenos de presión política sobre la administración de justicia penal. Esto se revela, por ejemplo, en el impulso de procesos de inhabilitación de políticos. Los que, dicho sea de paso, también se han aplicado, y se continúan aplicando, a políticos opositores a los líderes progresistas. De hecho, como ha indicado Smulovitz, de la totalidad de inhabilitaciones

para elecciones presidenciales, la cantidad de líderes de derecha es mayor. Porque de los veintitrés expresidentes inhabilitados electoralmente, resulta que dieciséis estaban asociados a programas políticos de derecha. Mientras que solo siete estaban identificados con ideas políticas de izquierda (2022, p. 242).

Lo dicho anteriormente configura un ejemplo de una falacia del accidente; esto es, el esfuerzo tendiente a plantear una diferencia sustancial, pero en la cual se confunde lo esencial con lo accidental (Damer, 2008, pp. 134-135). En efecto, el *lawfare* solo resulta algo novedoso o específico para quienes plantean que la persecución política de los políticos a través del sistema judicial reviste una naturaleza distinta en virtud de una matriz ideológica que califican como progresista. Sin embargo, las particularidades de esa supuesta persecución no suelen ser explicitadas. Tampoco los abogados de la llamada “guerra judicial” apelan a una comparación con la persecución judicial de líderes de derecha. En fin, los que denuncian casos de *lawfare* no precisan la novedad que ese concepto designa respecto a un persistente problema que fatiga a politólogos y juristas por igual desde hace tiempo: la permeabilidad de los jueces ante las presiones de la política agonía⁽⁸⁾.

5. ¿Persecución política a través de jueces o represión legítima del delito cometido por políticos? Esbozo de criterios de diferenciación

5.1. Precisiones conceptuales: de las lagunas del derecho a la inevitable politicidad de la justicia penal

Las lagunas del derecho consisten en la ausencia de una respuesta unívoca y reconocible en la norma jurídica que cabe aplicar al caso. No obstante, como lo señaló Lombardi Valluari, bastante antes de la

(7) Tras la senda iniciada por Perelman, algunos autores caracterizan a las falacias como una confusión de las exigencias propias del auditorio universal, las cuales se pretenden cumplir con aquellas propias de un auditorio particular. (Crosswhite, 1993, p. 391).

(8) Para un desarrollo sistemático y exhaustiva sobre la cuestión de la presión política sobre las sentencias de los jueces de tribunales superiores, véase “The Choices Justices Make”, de Epstein & Knight (1997).



eclosión del movimiento neoconstitucionalista (1981), en la hora presente nos encontramos ante un problema que opera no solo ante el llamado “silencio de la ley”, sino cuando el sistema jurídico ofrece más de una respuesta al profesional del derecho para resolver el caso que se le presenta.

En el campo penal, a pesar del principio *nullum crimen*, también es posible advertir que existen múltiples lagunas. En efecto, si y solo si no reducimos el problema de las lagunas al vacío o ausencia de norma aplicable al caso, entonces cabría plantear que las lagunas son un problema que aqueja seriamente al derecho penal (Bulygin, 2005, p. 39). Porque el juez solo tiene un curso de acción legítimo cuando no identifica una norma en la cual subsumir el caso: absolver al acusado. Dicho de otra manera, si las lagunas se refieren a situaciones no reguladas jurídicamente, pues entonces el derecho penal estaría liberado del problema de las lagunas.

Sin embargo, el concepto de laguna del que parte este trabajo resulta sustancialmente más retador. En términos metodológicos, las lagunas se nos presentan cada vez que el juzgador carece de una única respuesta con que solucionar el caso, ya sea por la ausencia de norma aplicable al caso, o bien porque esta no ofrece una solución unívoca (Lombardi Vallauri, 1981, pp. 31-32); esto es, cuando la disposición jurídica brinda más de una alternativa para enfrentar el caso concreto. Esto último se agudiza con la expansión del carácter comprensivo del sistema jurídico; es decir, por la creciente aspiración de no dejar esferas de conducta que no estén reguladas por el derecho (Raz, 1999, p. 130).

Ahora bien, vale tener en cuenta que existen diversos tipos de lagunas cuya categorización representa un problema en sí mismo para la teoría del derecho. De hecho, como lo señala Rodríguez, se trata de una de las cuestiones que más han obsesionado a los filósofos del derecho (2005, p. 127).

5.1.1. Lagunas extrasistemáticas y lagunas intrasistemáticas

Son lagunas extrasistemáticas aquellas que remiten a apreciaciones evaluativas que resultan externas al ordenamiento jurídico. Tales apreciaciones son decisivas para reconocer aquello que debería considerarse como jurídicamente relevante (Ramos Pascua, 2017, p. 62). Estas lagunas presentan una importancia significativa cuando el juez ha de resolver un caso sin contar con una norma del sistema jurídico con que justificar su decisión. Cabe remarcar que este dato es generalmente negado por la dimensión ideológica sobre la que descansa el positivismo jurídico. Con todo, esta doctrina filosófica-jurídica de ningún modo suele asumir un legislador ultrarracional, ni pretende que la ley sea capaz de erradicar

todo recurso a fuentes extralegislativas del derecho⁽⁹⁾. Tarello reconocía que “no toda disciplina del vivir social puede encontrarse en el conjunto de las leyes de un derecho” (Tarello, 2013, p. 50). En tales casos, el juez habrá de apelar al uso de una norma que no está incorporada al sistema jurídico (Rodríguez, 2005, p. 137). Dicho de otra manera, no faltan iuspositivistas que afirman que la solución ante el silencio de la ley remite al campo de la moral.

Pongamos un ejemplo para ilustrar este punto. A un juez de ejecución penal le toca resolver si concede una prisión preventiva o una prisión domiciliaria a dos personas casadas entre sí, con tres hijos menores de edad de 7, 12 y 15 años. El abogado defensor replica que otorgar esa medida cautelar de manera simultánea a los dos cónyuges, en un contexto en que todos los abuelos de los niños son personas de salud muy deteriorada, devendría en un trato cruel para con los niños e inhumano respecto a los padres (Argentina, Ley Nacional 24.660, artículo 32).

Ahora bien, ¿en qué se basará tal juez para determinar que estamos o no ante un “trato cruel, inhumano o cruel”? Pues apelará a consideraciones morales sobre lo que constituyen esos tratos proscritos por la ley de ejecución de penas privativas de libertad (Etcheverry, 2010, pp. 209-211). La solución, en efecto, habrá de encontrarla en otros sistemas normativos.

Las lagunas intrasistemáticas son aquellas que se presentan cuando desde el propio sistema jurídico se advierte que no existe una respuesta unívoca para un caso o universo de casos (Lombardi Vallauri, 1981, p. 32). No obstante, aquí se presenta una peculiaridad. Estas lagunas suponen criterios valorativos, pero que no remiten primordialmente a normas extrajurídicas, sino a otras disposiciones jurídicas (Ramos Pascua, 2017, p. 64).

Por ejemplo, la ley penal argentina establece el delito de peculado, lo cual incluye entre sus elementos típicos: (i) solicitar o

(9) Algunos autores no positivistas siguen insistiendo en el supuesto compromiso del positivismo jurídico con la noción de “legislador ultrarracional” como presupuesto básico de su teoría de la interpretación jurídica. A modo de ejemplo, véase “Interpretación jurídica”, de Rabbi-Baldi Cabanillas (2020).



aceptar una suma de dinero o cualquier otra dádiva, un favor, una ventaja o bien una promesa directa o indirecta, (ii) con el propósito de efectuar, retardar o dejar de hacer una acción relativa a sus atribuciones. Sin embargo, la caracterización de tales atribuciones se ha de realizar mediante una remisión a las competencias atribuidas a cada uno de los funcionarios en virtud del organigrama de la Administración Pública. Dicho de otra manera, para saber si estamos ante un caso de peculado tenemos que determinar cuáles son las funciones y atribuciones que el ordenamiento jurídico-administrativo ha asignado al funcionario o exfuncionario acusado de tal crimen.

5.1.2. Lagunas estáticas y lagunas dinámicas

Las lagunas estáticas son aquellas que resultan del carácter polisémico por el cual se expresan generalmente las disposiciones jurídicas (Lombardi Vallauri, 1981, p. 33). Son lagunas, pues, cuyo carácter abierto radica en el texto mismo en que se formuló una disposición normativa (Hernández Rodríguez, 2015, p. 165). No se trata de una insuficiencia que se suscitó con el paso del tiempo, sino de un rasgo genético de una disposición normativa. Por ejemplo, lo que significa el concepto de “lavado de activos” no es algo que fuera precisado en el ordenamiento jurídico-penal argentino, ni algo que se tornó vago o ambiguo por el paso de los años.

Lombardi plantea que los “conceptos válvula” denotan una toma de conciencia de los límites que la actividad legislativa posee. Así, el legislador otorga un cierto espacio de discrecionalidad al intérprete para que este logre concretar eficazmente las finalidades de la ley (1981, p. 24). Esto se advierte, por ejemplo, en la represión que rige en materia de lavado de activos. Una exitosa técnica legislativa para reprimir esta clase de delitos requiere tanto de conceptos válvula como de estándares relativamente vagos y una flexibilización de las técnicas interpretativas, pero que no llegue al extremo de conculcar el principio de legalidad (Laise, 2023).

Aún más, Endicott ha planteado no solo que cierto grado de vaguedad del lenguaje resulta algo inevitable, sino que esto incluso puede ser un rasgo deseable (2001, pp. 382-383). Porque existen ciertas funciones que realiza el derecho en nuestras sociedades que solo pueden alcanzarse por medio de estándares relativamente vagos. De hecho, Endicott plantea que el tránsito contiene formulaciones bien precisas –por ejemplo, límites máximos de velocidad–, pero también requiere invariablemente de algunos estándares indeterminados o vagos, como sucede, por ejemplo, con los “vehículos que transportan sustancias peligrosas” (2001, p. 383).

Con todo, también las lagunas estáticas pueden ser consecuencia de una inadecuada tarea de previsión por parte del legislador. Por ejemplo, al regular los llamados “delitos informáticos” en la reforma del Código Penal argentino –Ley nacional 26.388/08–, hubo aspectos que no pudieron haberse previsto de modo alguno –por ejemplo, operaciones con

criptomonedas, ya que Bitcoin recién sale al mercado en 2009–.

Pero también hubo cuestiones que eran absolutamente previsibles, que no fueron tenidas en cuenta de modo alguno. Por caso, la figura del enriquecimiento ilícito resulta demasiado indeterminada. En el ejemplo que se desprende del sistema penal peruano, luego de enunciar los elementos objetivo del referido delito, se caracteriza al enriquecimiento ilícito con un estándar bastante vago. En concreto, lo relativo a cuándo se advierte un indicio de enriquecimiento ilícito. Eso tendría lugar cuando el incremento del patrimonio o del gasto económico personal del “funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”, tal como lo describe el artículo 401 del Código Penal peruano. El término “notablemente” remite, en efecto, a una noción indeterminada con marcada intensidad.

Las lagunas dinámicas se presentan cuando el sistema jurídico no ofrece una respuesta unívoca, pero no por defectos o limitaciones del contenido semántico de la disposición jurídica, sino en virtud de los retos que comporta el paso de lo general a lo individual, o bien por el mero devenir del tiempo (Lombardi Vallauri, 1981, pp. 31-39). Veamos ambas clases de lagunas dinámicas por separado.

Las lagunas que nacen del conflicto entre una disposición jurídica y un caso individual tienen lugar cuando el juicio subsuntivo revela más de una respuesta posible, pero solo en el estricto marco de particularidades fácticas del caso concreto. De esta manera, el problema no pasa por reconocer cuál es la respuesta genérica que se sigue de la disposición jurídica, sino por las dudas que provoca la subsunción del caso concreto en esa formulación normativa.

Por ejemplo, existen instancias claras de aplicación del concepto penal de funcionario público. Estas, por ejemplo, se advierten en los casos de aquellas personas que fueron elegidas por el voto popular; o bien



aquellas que se designan mediante un acto de gobierno. Tal es el caso de los ministros de cada una de las carteras de una gobernación o de la Presidencia de la Nación. Ahora bien, ¿la primera dama –cónyuge o pareja conviviente del presidente– se podría llegar a subsumir dentro de la noción penal de funcionario público? El caso peruano brinda una interesante respuesta a este asunto.

En Perú existe una consolidada jurisprudencia que responde afirmativamente a interrogantes similares; es decir, “funcionario público” también refiere a personas que ejercen *de facto* alguna clase de función pública⁽¹⁰⁾. En efecto, el caso de Nadine Herrera, esposa del expresidente Ollanta Humala, revela que alguien que no tiene ninguna clase de nombramiento formal por la autoridad administrativa, ni tampoco fue elegida por el voto popular, podría llegar a ser considerada como funcionaria pública.

De acuerdo con Chanján, por caso, Herrera resultaría asimilable a la calidad especial de funcionario público porque se habrían probado los siguientes extremos: (i) que ella era distinguida como primera dama de manera heterónoma, pero también con justo título. (ii) La fiscalía habría demostrado que su intervención activa fue decisiva en la concreción del delito de colusión que cometió en un reparto de funciones con su esposo, quien era el entonces presidente de la república (2020).

También existen lagunas que nacen por el devenir del tiempo. Estas suceden cuando se advierten disposiciones jurídico-penales que pudieron haber sido formuladas estupendamente bien en su momento, pero que con el paso del tiempo han dejado de brindar una respuesta unívoca (Lombardi Vallauri, 1981, pp. 38-39). Permítaseme ilustrar esta clase de lagunas dinámicas otra vez con un ejemplo proveniente de la necesaria publicación de los actos de gobierno.

Antes de la eclosión de la información que supuso internet, pues se entendía que la publicidad de los actos gubernamentales se refería al deber ineludible de publicar todos y cada uno de los actos administrativos o reglamentos en el Boletín Oficial. No obstante, algunos documentos anexos que resultaban muy extensos no siempre se incluían en la versión impresa del Boletín Oficial. Aunque cabe reconocer que tales anexos sí se ponían a disposición de cualquier ciudadano en las oficinas de la entidad encargada de publicar o archivar tales publicaciones oficiales.

Hoy resulta significativamente menos oneroso para la administración pública garantizar el acceso a información de calidad en manos de los gestores de la cosa pública. Esto implica que en la actualidad resultarían inaceptables aquellas dificultades para acceder a tal información que se percibían como razonables en un contexto en que no existía internet.

Por ejemplo, era entendible no publicar complejos planos o extensos pliegos de contratación en el marco de licitaciones públicas, a pesar de que estaban disponibles para cualquier interesado o ciudadano. Sin embargo, hoy se suele acceder a tales documentos anexos mediante enlaces en la plataforma electrónica de contratación estatal. Lo que ha tornado algo bastante sencillo poder acceder a información pública de cierta complejidad.

5.2. La elección inevitable ante el problema de las lagunas: una selección de alternativas de naturaleza política

La politicidad de la interpretación jurídica se revela de modo paradigmático ante las lagunas del derecho. De hecho, tal como hemos visto, tales lagunas no solo se presentan ante un caso de ausencia de regulación normativa, sino ante aquellos casos en que el sistema jurídico no brinda una respuesta unívoca. Ahora bien, si uno pretende dejar de lado los resultados que se refieran a intereses particulares –por ejemplo, elección *pro amico*– y, a la vez, pretende superar el problema de las lagunas, pues no cabe sino una elección de naturaleza política (Lombardi Vallauri, 1981, pp. 73-74).

Este argumento podría suscitar desconfianza porque rápidamente asumimos que muchos políticos profesionales se dedican a concretar sus intereses personales por medio de cargos públicos, al menos en países hispanohablantes. De hecho, no faltan datos que confirmen tal preconcepto. Según el Latinobarómetro (2015), más del 50% de la población latinoamericana presenta una desafección representativa; es decir, entre los ciudadanos abunda un sentimiento de distancia o rechazo de las instituciones y los agentes que ejercen la representación política (Monsiváis Carrillo, 2017, p. 7). En tal contexto resulta sencillo explicar la desconfianza que suscita la introducción de un elemento político en el mundo del derecho.

Con todo, aquí cabe distinguir puntilosamente entre una deliberación de naturaleza político-arquitectónica y una de

(10) Para un mayor desarrollo, véase Sentencia 2758-2004-HC/TC del Tribunal Constitucional del Perú.



tipo faccioso. Si la determinación del resultado se basara en una consideración política de naturaleza meramente facciosa, pues estaríamos reintroduciendo criterios particulares; esto es, los intereses de una facción de la lucha política. Así, cabría preguntarse: ¿en qué consiste la naturaleza política de la interpretación jurídica? ¿Puede acaso tal politicidad eximirse de una excesiva presión de los actores políticos sobre los jueces y fiscales?

La respuesta a este interrogante es tan compleja como apremiante. Es algo complejo porque implica adentrarse en discusiones en que se entrecruzan cuestiones axiológicas de la teoría constitucional, la teoría política y la filosofía del derecho. Y, a la vez, resulta algo apremiante porque quizá el mayor obstáculo para la seguridad jurídica es el oculto y críptico trasfondo ideológico de los jueces (Lombardi Vallauri, 1981, p. 53). Dicho de otra manera, una asignatura pendiente de la justicia penal consiste en transparentar los criterios políticos que guían a sus decisiones judiciales.

La solución que defenderé en las próximas páginas supone que la interpretación jurídica es una actividad de naturaleza política, pero rechaza una visión puramente facciosa o agonal al respecto⁽¹¹⁾. Antes bien, la interpretación del derecho se despliega en el campo de la política arquitectónica o global (García-Pelayo, 1983, pp. 1-42). Así, la visión que propongo asume que interpretar el derecho es un tipo de deliberación sobre lo que es mejor para nuestra *polis* (Goldford, 1990, p. 276). No obstante, esa deliberación no es ilimitada, sino que está restringida por un sistema de reglas y principios jurídicos.

Concretamente, en la materia que nos ocupa, todo remite a una cuestión de central importancia: el mantenimiento del derecho al debido proceso y el derecho a la defensa en juicio. Porque la defensa de ese principio básico del proceso penal ha de regir de manera universal; es decir, en todo tiempo y en todo lugar. Sin embargo, cabría determinar si algunas de las modulaciones que se aplican en la jurisprudencia penal son regulaciones razonables o no para la investigación y la represión de delitos de corrupción.

Porque el objetivo es determinar en qué condiciones resulta inaceptable un umbral de garantías diferenciado para prevenir, investigar y sancionar a funcionarios que fueron seleccionados en sufragios libres. En efecto, el alcance de la interpretación jurídica de los principios procesales implicados se podría dilucidar a través del examen de proporcionalidad o, mejor aún, un examen de razonabilidad. Veamos.

6. Bases para un examen de razonabilidad: el caso del derecho al debido proceso frente a la prisión preventiva

Uno de los límites de la práctica interpretativa del derecho es la razonabilidad o, como mínimo, la pretensión de razonabilidad de las resoluciones por las que los jueces imperan el modo de concretar, entre muchos otros posibles, el resultado interpretativo que se escogieron como el mejor para la *polis* en que se desempeñan. Sin embargo, en lo que se sigue se partirá de una premisa básica: la conveniencia de poner en acción al test de razonabilidad. Esto adiciona un paso al examen de proporcionalidad; a saber, la garantía del contenido mínimo de los derechos y bienes implicados que presenten naturaleza fundamental (Cianciardo, 2010, p. 177).

Ahora bien, la práctica del test de razonabilidad se desarrollará a partir del ejemplo del derecho al debido proceso. Más en concreto, se abordará tal derecho en el marco de la aplicación de medidas cautelares propias del proceso penal como, por ejemplo, la prisión preventiva. En tal sentido, se desglosarán los tres elementos o subjuicios elementales de la máxima de razonabilidad: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

Con todo, esos tres subjuicios están enlazados de manera copulativa; es decir, solo cabe efectuar el segundo paso si se ha superado el primero, y, por ende, solo se ha de proseguir hacia el tercer paso si los dos primeros han sido exitosamente franqueados. Sin embargo, tal como lo plantean Toller (2014), y Cianciardo (1999), se complementará el esquema planteado con un cuarto y adicional paso; el cual se dirige a examinar el grado de afectación del contenido básico de los bienes o derechos abarcados.

(11) En este punto, la respuesta que propongo se separa de las llamadas 'teorías críticas del Derecho', las cuales podrían coincidir en el relieve político de la interpretación del Derecho, pero porque en ello advierten un enmascaramiento de relaciones de dominación o una mera voluntad de poder. A modo de ejemplo, véase "Legal Formality", de Kennedy (1973).



6.1. Subjuicio de adecuación o idoneidad

Este paso o subjuicio conlleva una cierta noción de la razonabilidad práctica que hace referencia a los fines de las disposiciones normativas bajo análisis. De esta manera, una interpretación de los derechos podrá calificarse como razonable, *prima facie*, si la alternativa escogida por el intérprete resulta ser el medio más adecuado; esto es, si se ha seleccionado el camino más eficaz y eficiente para concretar una determinada finalidad (Cianciardo, 2014, p. 26). Esto significa que el intérprete resulta capaz de reconocer tanto cuál es la finalidad de una disposición normativa como los medios que el legislador o constituyente escogió para concretar ese fin. Con todo, no se puede tratar de cualquier clase de fines, sino unos que han de ser legítimos y socialmente relevantes (Didier, 2015, p. 259). Luego, el intérprete ha de constatar si los medios disponibles resultan aptos para realizar tal finalidad (Cianciardo, 2010, p. 179).

Así, por ejemplo, la tensión del derecho al debido proceso ante la aplicación de una prisión preventiva conlleva dilucidar cuál es el fin que persiguen las disposiciones jurídicas que regulan tal medida cautelar del proceso penal. Pero, además, resulta necesario examinar si la citada disposición jurídico-procesal posee una finalidad constitucionalmente admisible y socialmente relevante (Didier, 2015, p. 259). En efecto, el subjuicio de idoneidad conlleva un subexamen dirigido a determinar si el derecho al debido proceso en materia penal es algo orientado a realizar alguna clase de bien público.

Ahora bien, cabría preguntarse: ¿es la prisión preventiva un medio adecuado para asegurar que se realice un proceso penal frente a conductas del acusado que podrían frustrar la aplicación de una eventual sanción penal? La respuesta es afirmativa. Porque, al fin y al cabo, si el acusado está preso, pues no hay mejor garantía de que el proceso se llevará adelante sin obstaculizaciones en la investigación. Y si la persona está detenida de modo preventivo en un establecimiento carcelario, pues también está prácticamente asegurado que no hay posibilidad de fuga. Sin embargo, todo esto podría caer en una falacia de petición de principios. Resulta necesario que se ponga de relieve si realmente carecemos de alternativas idóneas capaces de garantizar al proceso penal de manera eficaz (Damer, 2008, pp. 69-70). En fin, esto nos introduce en el segundo paso del test de razonabilidad.

6.2. Subjuicio de necesidad

La práctica del subjuicio de necesidad requiere precisar si acaso la restricción de alguno de los bienes o derechos comprendidos pudo haber sido soslayada; esto es, si podría haberse llegado a un igual estado de casos que aquel se pretende, pero a través de caminos menos lesivos para cada uno de los derechos en cuestión (Clérico, 2015, p. 76). En lo que hace a la garantía del debido proceso ante una solicitud de prisión preventiva, cabría plantearse si esto supone una restricción inaceptable a uno

de los bienes centrales del proceso penal: la regla general de transcurrir un proceso penal en libertad hasta que se emita una sentencia condenatoria no pueda ser impugnada de ningún modo.

De hecho, la pretensión de sostener la libertad del acusado en el proceso penal se podría malograr ante acusados que realizan actividades que socavan la consecución del proceso; o que bien han cometido acciones que permitan inferir un inminente peligro de fuga. En efecto, este subjuicio supone valorar o ponderar el grado de aceptabilidad de una restricción a la libertad en el proceso, pero siempre bajo una evaluación de todos y cada una de las alternativas disponibles.

En efecto, se ha de analizar si la justificación de la limitación del bien afectado es excesiva; es decir, si podría evitarse o, al menos, desplegarse a través de los medios menos lesivos para los derechos de las personas involucradas (Clérico, 2015, p. 82). En fin, ¿por qué razones debería optar por asegurar el proceso mediante una prisión preventiva y no a través de una prisión domiciliaria u otra medida de coerción?

Así, el subexamen de necesidad comprende un análisis de la conexión empírica entre la medida estatal y el bien o derecho limitado (Clérico, 2015, p. 82). A diferencia del subjuicio de idoneidad, se realiza aquí una constatación de corte empírico; es decir, se contrasta la medida escogida –o a adoptar– con otras alternativas efectivamente disponibles.

Más específicamente, el subexamen de necesidad puede presentarse bajo alguna de las siguientes maneras:

- a) Comparación de los medios alternativos. Los diversos medios a disposición del intérprete se comparan con el resultado interpretativo que se haya adoptado en relación con el fomento de un fin constitucional legítimo. En el caso del derecho al debido proceso frente a una solicitud de prisión preventiva, esto nos llevaría a plantearnos el siguiente interrogante: ¿existe una alternativa disponible que sea capaz de asegurar la obligación estatal consistente en investigar y sancionar un delito, pero que,



a la vez, asegure la libertad del acusado durante el proceso?
¿Podría asegurarse el estado de inocencia sin aniquilar las chances de aplicar una eventual sentencia condenatoria?

b) Comparación de la intensidad de la afectación del derecho involucrado. Aquí resulta preciso comparar las medidas alternativas con el grado de restricción de los derechos y bienes comprometidos que estas implican (Clérico, 2015, pp. 82-83).

En el caso de una aplicación de una prisión preventiva, esto supone considerar que las alternativas disponibles de manera inevitable conllevan algún grado de restricción severa del derecho a la libertad. Esto resulta muy delicado mientras no haya recaído una sentencia condenatoria que no pueda ser impugnada o recurrida. En cualquier caso, una práctica interpretativa razonable del derecho al debido proceso conlleva el deber de escoger aquella interpretación de tal derecho que menos restringe los derechos y bienes en cuestión. Dicho de otro modo, el intérprete u operador jurídico tiene la carga de argumentar que la restricción escogida es la menos lesiva de los bienes, deberes estatales y derechos constitucionales involucrados en el caso concreto.

6.3. Subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto

Luego de superar los juicios de adecuación y de necesidad, el test de razonabilidad supone ponderar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida bajo análisis. Este subjuicio conlleva establecer si la medida bajo examen guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar (Cianciardo, 2009, p. 107). Sin embargo, cabría preguntarse algo fundamental: ¿qué se ha de entender por una “relación razonable”?

Así, el examen de proporcionalidad conlleva dos tipos de dificultades de extrema relevancia. De esto se desprenden los problemas implicados en la identificación, valoración y comparación de los intereses en juego. En el ejemplo del derecho al debido proceso, ¿cuánto “pesar” aquellos intereses que defienden que la tutela del proceso penal no puede depender de la libertad de una persona que ha sido acusada de un crimen grave? ¿O debería adoptar una respuesta opuesta que haga prevalecer de manera absoluta a la libertad en el proceso por sobre el aseguramiento del proceso penal? Si resultara imposible eludir tal disyuntiva, estaríamos ante una jerarquización tácita de las pretensiones o intereses bajo discusión (Cianciardo, 2009, p. 110).

La respuesta preponderante a estas preguntas suele hacer referencia a un balance entre pros y contras del resultado interpretativo que se adopte (Cianciardo, 2009, p. 107). Sin embargo, tal caracterización es presa de múltiples objeciones. Porque, en primer término, resulta sumamente arduo especificar el significado de la expresión “relación razonable”. En efecto, la explicación de tal concepto mediante un “balance entre costos y beneficios” parece designar que

será razonable toda decisión que conlleve un sacrificio justificado en relación con los costos implicados. Por ende, cuanto mayor sea el beneficio que se siga de la decisión, mayor aceptación habría que predicar del grado de restricción tolerable.

La aludida “relación razonable” conllevaría una decisión que presupondría una escala de valor en virtud de la cual se le asigna más o menos peso a tal o cual posición. Pero lo más preocupante es que las razones que estructuran tal decisión no resulten explicitadas. Dicho con otras palabras, si se asume que un bien público o derecho fundamental vale más que otro, eso depende necesariamente de la unidad de medida o valor que se adopte. El problema radica en que esa medida carece de explicación o justificación normativa alguna que trascienda a los sentimientos del intérprete o a compromisos morales que este adopta, de modo generalmente no explícito, lo que lleva a asumir una opaca jerarquización *ad casum* de tal o cual valor, bien o derecho constitucional (Urbina, 2012, p. 58).

En segundo lugar, incluso si pudiéramos reconocer cuál es el fin que se busca alcanzar con un determinado resultado interpretativo, y que este reviste trascendencia institucional, existe otro desafío. Además, se ha de argumentar que el medio escogido se justifica en función del peligro que pretende evitar. De lo contrario, estaríamos desnaturalizando el sentido mismo que originó el propio examen de razonabilidad (Cianciardo, 2009, pp. 110-111). Más en concreto, sucedería algo trágico si se concede que podemos afirmar la prevalencia del valor “deber de prevenir, investigar y sancionar” por sobre principios iusfundamentales como el estado de inocencia. Porque la presunción de inocencia se tornaría valiosa en términos constitucionales, pero solo en tanto en cuanto no se enfrenta con los bienes tutelados por la represión de delitos contra la gestión de la *res pública*.

En efecto, el examen de proporcionalidad en sentido estricto terminaría en la conculcación de uno de los deberes y derechos fundamentales en cuestión. Más aún, la vigencia material de los derechos



fundamentales estaría subordinada a su no afectación a un interés estatal de suma relevancia. Por consiguiente, se sometería al estado de inocencia a una condición: que no se halle en tensión con el eficaz ejercicio de la función materialmente administrativa. Esto equivaldría a decir que el cuidado de las arcas del gobierno estatal prevalece por sobre las garantías del acusado (Donna, 2011, p. 259).

Así, el apropiado respeto de los derechos fundamentales dependería de su adecuación a una “razón de Estado” (Cianciardo, 1999, pp. 50-51). ¿Cómo huir de las encerronas que supone el subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto? Pues toca adicionar un paso suplementario capaz de perfeccionar todas estas falencias. Esto podría asegurar la operatividad de todos de los derechos involucrados en el universo de todos los casos posibles.

6.4. Subjuicio de aseguramiento del contenido esencial de los derechos involucrados

El aseguramiento del derecho al debido proceso, si pretende evitar una deriva hacia prácticas judiciales lesivas frente a la aplicación de una prisión preventiva, también precisa de un nuevo elemento en el razonamiento: la garantía del contenido esencial o mínimo de los derechos fundamentales. Porque sortear con éxito cada una de las etapas del examen de proporcionalidad no siempre nos asegura que estemos frente a una decisión constitucional. Porque bien podría suceder que esté seriamente restringido el contenido esencial de uno de los derechos involucrados (Cianciardo, 1999, pp. 50-51). Ahora bien, ¿en qué consiste el contenido esencial de los derechos fundamentales? Pues esto se refiere a la validez de una serie de derechos que poseen un inalterable núcleo. Aún más, ese núcleo bajo ningún concepto podría ser restringido o limitado (Nogueira Alcalá, 2003, p. 245).

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos del contenido esencial de los derechos fundamentales? La especificación del contenido esencial del derecho al debido proceso ha de formularse concretamente; esto es, en el marco de un caso concreto y particular, mediante una descripción de los siguientes elementos (Toller, 2014, p. 168):

- a) Finalidad o propósitos para los que se reconoce el derecho fundamental en cuestión.
- b) Determinación de su titular (sujeto activo).
- c) Determinación de la persona que ha de respetar o concretar tal derecho fundamental (sujeto pasivo).
- d) Contenido material o descripción de la acción humana involucrada por los derechos en juego.
- e) Condiciones bajo las cuales el titular pierde su derecho, lo cual también refiere a, si correspondiera, aquellas condiciones que habilitan al titular a renunciar al derecho en cuestión.

- f) Qué libertades y facultades para obrar correspondan al titular que demanda el derecho, lo que también comprende una especificación de sus límites. Por ejemplo, la determinación de sus deberes, y especialmente el deber de no interferencia y de conciliación con los derechos y libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos.

7. Balance conclusivo: la inevitable politicidad de la justicia penal (entre la ingenuidad y el pesimismo)

El discurso sobre lo que algunos designan como *lawfare* en los casos de Cristina Fernández de Kirchner o Lula da Silva, se nos presenta como un mito político. No porque las persecuciones de políticos por medios judiciales sean un relato fantástico o veraz, sino porque se articulan narrativas sobre tales fenómenos con notables deficiencias argumentativas. Porque, por ejemplo, abundan las magras puntualizaciones sobre los hechos supuestamente criminales que se endilgan a los políticos que pretenden cobijarse en el *lawfare*.

Aún más, tampoco faltan investigadores que se excusan de abordar si las irregularidades que se denuncian como persecución o guerra judicial o están fundadas en evidencia. Esto podría explicarse porque los desarrollos académicos sobre la “guerra judicial” suelen abordarse netamente desde la teoría política. La falta de un engarce con una rigurosa aproximación jurídico-procesal basada en un exhaustivo conocimiento de los casos concretos suele ser la regla y, por ende, todo culmina en críticas inadecuadamente fundadas; esto es, en una sucesión de falacias.

Permítaseme brindar un botón de muestra. Los que plantean casos de guerra judicial suelen partir de afirmaciones ligeras como esta: “En el caso de Cristina Fernández de Kirchner, no pudieron apartarla del camino a un nuevo Gobierno popular porque las causas judiciales en su contra son endeble y las pruebas inexistentes (...)” (Böcker Zavaró, 2021, p. 20). Es decir, como se la



habría acusado sin pruebas, estamos ante un proceso penal totalmente inaceptable y, por ende, ante un caso de *lawfare*. Punto. ¿Pero qué adujo el juez para rechazar tal pedido? ¿Era una prueba imprescindible para que la acusada construya su estrategia defensiva o era una maniobra dilatoria más? La falta de respuesta a esta clase de interrogantes termina configurando ejemplos paradigmáticos de “falacias de petición de principios”; esto es, aserciones que se dan por probadas u obvias, pero que en realidad todavía han de ser probadas.

El hecho de que estemos ante una sucesión de falacias no implica negar o ratificar que los casos de Lula da Silva o Cristina Fernández de Kirchner sean ejemplos o instancias del concepto de *lawfare*. La caracterización de un discurso como falacioso, tal como se ha desarrollado en este artículo, no conlleva un pronunciamiento sobre la veracidad de lo que se afirma, solo implica que estamos frente a un argumento que no se ha sustentado adecuadamente. En la temática que nos ocupa podemos advertir que no se ha ofrecido respaldo alguno para sustentar, concretamente, por ejemplo, que a Cristina Fernández de Kirchner se la ha cercenado su derecho a la defensa en juicio cuando se le negó producir tal o cual elemento probatorio.

El otro gran asunto que plantea la represión de los delitos que son imputados a políticos es que esto suele presuponer una completa neutralidad política de los jueces penales al momento de ser llamados a interpretar la ley penal. Sin embargo, tal cosa resulta netamente imposible. Cada interpretación de la ley penal ante una laguna supone una deliberación sobre lo que es mejor para la *polis*; es decir, una deliberación política. Esto no equivale a dar rienda suelta a las preferencias ideológico-políticas de cada operador jurídico, ni mucho menos de los jueces.

Los jueces disponen de una amplia creatividad para determinar el alcance de las disposiciones jurídico-penales cuando el ordenamiento jurídico no brinda una respuesta unívoca. No obstante, las deliberaciones políticas de tales magistrados están limitadas por el sistema de reglas y principios que provee el sistema jurídico. Esto implica que la concreción de la ley penal debe efectuarse de manera razonable para todos y cada uno de los bienes y derechos fundamentales involucrados. Por ende, la tutela del eficaz y normal despliegue de la administración pública no puede efectuarse de cualquier modo. La represión de conductas supuestamente delictivas contra el erario no puede conculcar los derechos fundamentales del funcionario acusado. Por el contrario, la tutela de los bienes jurídicos implicados en un caso de corrupción debe siempre conciliarse con la vigencia del derecho al debido proceso o tutela judicial efectiva.

Esto significa que la determinación sobre cuál es la manera más correcta de interpretar la ley penal ante casos de corrupción pública supone una carga argumentativa retadora e intensa. El magistrado deberá argumentar que su respuesta

permite salvaguardar aquellos bienes jurídicos tutelados mediante el castigo de delitos de corrupción. Pero también deberá hacerlo mediante una meticulosa protección de las garantías fundamentales del acusado. El castigo de la corrupción, sin un respeto básico del derecho al debido proceso, con el fin de socavar la credibilidad o chances electorales de un político profesional, configuraría un ejemplo paradigmático de *lawfare*.

Así, quienes pretendan calificar a una persecución judicial de una persona es víctima de *lawfare* han de asumir la carga de brindar argumentos resistentes para sostener que estamos ante un caso de un político, de izquierda o derecha (eso no importa), al que no se le respetan sus garantías procesales básicas, todo con el propósito de aniquilar su proyección sobre la política agonal. El énfasis robusto que se pone sobre el supuesto concierto internacional de voluntades que fomenta abusos inaceptables del sistema de justicia penal, pero sin el acompañamiento de evidencias que respalden tales aserciones, es lo que instala un mito político defectuoso.

La deficiencia del mito responde a que se trata de un relato que pone más el acento en el propósito del mito —la supuesta voluntad hegemónica de Estados Unidos de América de imponer un modelo neoliberal en América Latina— que en la articulación clara de un discurso resistente sobre la ilegítima persecución judicial de líderes políticos. Esto significa que no estamos frente a una narrativa construida sobre un razonamiento que se caracteriza por ser suficiente, relevante y aceptable sobre la conculcación severa de las garantías procesales de personas abocadas a la actividad política.

En resumen, si la narrativa primordial sobre la que descansa el mito latinoamericano de *lawfare* se adecúa a la verdad histórica, es algo sobre lo que no incidí en este trabajo. Tan solo rechacé la ingenuidad de una justicia penal totalmente aséptica a nivel político, pero también he negado que la justicia penal esté sujeta decisivamente a los vaivenes de la política agonal. Porque la administración de justicia penal reviste una faz política al



momento de superar las lagunas que se le presentan. Eso se debe a que el castigo de la corrupción implica generalmente una concepción sobre lo que es mejor para el país. Con todo, la legitimidad del sistema penal depende de superar un reto: conciliar la dimensión política de la represión penal de la corrupción con el respeto de cada una de las reglas y principios del sistema jurídico. Al fin y al cabo, la aplicación no mecánica del derecho penal está subalternada a la política arquitectónica, pero esta se encuentra constreñida por el Derecho.

Referencias bibliográficas

- Bent, Y. y Delgado, F. (2021). El lawfare en la Argentina, una nueva dinámica política. *Nullius. Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*, 2(2), 55-73.
- Bielsa, R. y Peretti, P. (2020). *Lawfare. Guerra judicial-mediática: desde el primer centenario hasta Cristina Fernández de Kirchner*. Ariel.
- Böcker Zavaro, R. (2021). Impeachment, lawfare y fake news en Brasil: Un espejo latinoamericano. *Revista Internacional de Organizaciones*, (25-26), 7-26. <https://doi.org/10.17345/rio25-26.7-26>.
- Britto Londoño, R. (2021). Lawfare, interdependencia armada y autoridad artificial penetrante en el poder judicial de América Latina. *Nullius: Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*, 2(2), 16-35. <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4075>.
- Bulygin, E. (2005). Creación y aplicación del Derecho. En F. Atria, E. Bulygin, J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz (Eds.), *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial* (pp. 29-44). Marcial Pons.
- Caamaño, C., Zaffaroni, E., & Weis, V. (2023). Some Exemplary Lawfare Cases. En C. Caamaño, E. Zaffaroni, & V. Weis (Eds.), *Lawfare: The Criminalization of Democratic Politics in the Global South* (Vol. 244, pp. 124-131). Brill.
- Campbell, J. (1991). *El poder del mito* (C. Aira, Trad.). Emecé Editores.
- Chanján, R. (2020, 25 de febrero). *Reflexiones en torno al "funcionario de facto" en el derecho penal: a propósito del caso de la ex primera dama Nadine Heredia*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/reflexiones-en-torno-al-funcionario-de-facto-en-el-derecho-penal-a-proposito-del-caso-de-la-ex-primera-dama-nadine-heredia/>
- Cholvis, J. (2023). Lawfare, constitución, y nuevo orden internacional. *Realidad Económica*, 53(354), 17-46.
- Cianciardo, J. (1999). Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. *Persona y Derecho*, (41), 45-56. <https://doi.org/10.15581/011.32149>.
- Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (2ª Ed.). Ábaco.
- Cianciardo, J. (2010). The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights. *Journal of Civil Law Studies*, 3(1), 177-186.
- Cianciardo, J. (2014). Argumentación, principios y razonabilidad entre la irracionalidad y la racionalidad. *Revista de Fundamentación Jurídica*, 23(1), 11-36. <https://doi.org/10.5294/DIKA.2014.23.1.2>.
- Clérico, L. (2015). Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (31), 73-99.
- Crosswhite, J. (1993). Being Unreasonable: Perelman and the problem of fallacies. *Argumentation*, (7), 385-402. <https://doi.org/10.1007/BF00711057>.
- Damer, T. (2008). *Attacking Faulty Reasoning: a Practical Guide to Fallacy-Free Arguments* (6ª Ed.). Wadsworth.
- Didier, M. (2015). El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación. *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*, 24(2), 253-281. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.5294/DIKA.2015.24.2.3>.
- Donna, E. (2011). *Derecho Penal: Parte Especial* (2ª Ed.). Rubinzal-Culzoni.
- Eliade, M. (1963). *Myth and Reality* (W. Trask, Trad.). Harper & Row.
- Endicott, T. (2001). Law is Necessarily Vague. *Legal Theory*, 7(4), 379-385. <https://doi.org/10.1017/s135232520170403x>.
- Epstein, L., & Knight, J. (1997). *The Choices Justices Make*. CQ Press.
- Etcheverry, J. (2010). La relevancia del derecho que remite a la moral. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (4), 205-242. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2010.4.8093>.
- Fogelin, R., & Duggan, T. (1987). Fallacies. *Argumentation*, 1(3), 255-262. <https://doi.org/10.1007/BF00136777>.
- Fonseca Lindez, I. (2019). Guerra híbrida y operaciones legales. *Revista Española de Derecho Militar*, (111-112), 119-153.
- Gallino, G., Ferreri, L., y Castano, C. (2022). El lawfare como ritual de degradación pública. Apuntes para la discusión desde un caso argentino. *Textos y Contextos*, 1(24), 1-11. <https://doi.org/10.29166/tyc.v1i24.3724>.
- García-Pelayo, M. (1983). *Idea de la política y otros escritos*. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.
- García Amado, J. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. Zela.
- García Damborenea, R. (2000). *Diccionario de falacias*. Biblioteca Nueva.
- Goldford, D. (1990). The Political Character of Constitutional Interpretation. *Polity*, 23(2), 255-281. <https://doi.org/10.2307/3235074>.
- Govier, T. (1992). What is a Good Argument?. *Metaphilosophy*, 23(4), 393-409.



- Govier, T. (2018). *Problems in Argument Analysis and Evaluation*. University of Windsor.
- Hernández Rodríguez, M. (2015). El problema de las lagunas. Rasgos distintivos y razones de las peculiaridades de las lagunas canónicas. *Anuario de Derecho Canónico*, (4), 149-199.
- Johnson, R. (1987). The Blaze of her splendors: Suggestions about revitalizing fallacy theory. *Argumentation*, (1), 239-253. <https://doi.org/10.1007/BF00136776>.
- Kennedy, D. (1973). Legal Formality. *The Journal of Legal Studies*, 2(2), 351-398. <https://doi.org/10.1086/467502>.
- Kittrie, O. (2016). *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford University Press.
- Laise, L. (2023). *Cómo argumentar un caso penal*. Hammurabi.
- Lombardi Vallauri, L. (1981). *Corso di filosofia del diritto*. Casa Editrice Dott Antonio Milani.
- Monsiváis Carrillo, A. (2017). La desafección representativa en América Latina. *Andamios*, 14(35), 1-24.
- Nava Tovar, A. (2019). Falacias y derecho penal. *Quadripartita Ratio*, (8), 2-25. <https://doi.org/10.32870/qr.v4i8.107>.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Penha, N. y Back, C. (2022). El lawfare como estrategia contra Venezuela. *Sul Global*, 3(2), 54-77.
- Pérez Luño, A. (1997). Principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?. *Revista de Estudios Políticos*, (98), 9-24.
- Proner, C. (2023). El antijurídico, la desestabilización y la desinstitucionalización en América Latina. En C. Samper, E. Ramina y L. Proner (Eds.), *Guerras jurídicas contra la democracia* (Vol. 1, pp. 428-470). Escuela de Estudios Latinoamericanos y Globales.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2020). *Interpretación jurídica*. Astrea.
- Ramina, L. (2023). La guerra judicial contra Cristina Fernández de Kircher en el contexto de la guerra híbrida. En B. Garzón, G. Ricobom, & S. Romano (Eds.), *Objetivo: Cristina. El lawfare contra la democracia en Argentina* (pp. 123-136). Escuela de Estudios Latinoamericanos y Globales.
- Ramina, L. y Proner, C. (2023). Presentación: Las guerras jurídicas contra la democracia en América Latina. En P. Gentili y C. Proner (Coords.), *Guerras Jurídicas contra la Democracia* (pp. 12-16). Ariel.
- Ramos Pascua, J. A. (2017). Lagunas del Derecho y positivismo jurídico. Un examen de la concepción de las lagunas de C. Alchourrón y E. Bulygin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (40), 49-68. <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.02>.
- Raz, J. (1999). *Practical Reason and Norms*. Oxford University Press.
- Rodríguez, J. L. (2005). La imagen actual de las lagunas en el Derecho. En F. Atria, E. Bulygin, J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz (Eds.), *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial* (pp. 127-157). Marcial Pons.
- Romano, S. (2019). Introducción. Lawfare: judicialización de la política y neoliberalismo en América Latina. En S. Romano (Ed.), *Lawfare. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina* (pp. 19-38). Mármol Izquierdo.
- Romano, S. (2021). El lawfare como agenda de investigación. *Nullius: Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*, 2(2), 1-15. <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4074>.
- Romano, S. (2022). De la guerra psicológica al lawfare en América Latina. *Revista Tlatelolco*, 1(1), 88-111.
- Romano, S. y Maisonnave, M. (2023). El lawfare como acoso judicial contra Cristina Fernández de Kirchner. En B. Garzón, G. Ricobom, & S. Romano (Coords.), *Objetivo: Cristina. El lawfare contra la democracia en Argentina* (pp. 107-122). Escuela de Estudios Latinoamericanos y Globales.
- Sánchez García, F. (2010). Paralogismos y sofismas del discurso político español. La falacia política en un corpus de debates parlamentarios. *Anuario de Estudios Filológicos*, 33, 271-290.
- Schvartzman, A. (12 de marzo de 2021). *Roberto Gargarella: "La liberación de Lula evidencia que el lawfare es una tontería"*. La Vanguardia. <https://lavanguardia.com.ar/index.php/2021/03/12/roberto-gargarella-la-liberacion-de-lula-evidencia-que-el-lawfare-es-una-tonteria/>
- Segal, R. (2004). *Myth: a Very Short Introduction*. Oxford University Press.
- Sierra Caballero, F. (2022). Lawfare y guerra mediática. En L. Ramina (Ed.), *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida* (pp. 171-195). Ítala.
- Smulovitz, C. (2022). Del "descubrimiento de la ley" al "lawfare" o cómo las uvas se volvieron amargas. *Revista SAAP*, 16(2), 231-259. <https://doi.org/10.46468/rsaap.16.2.A1>.
- Sorel, G. (1978). *Reflexiones sobre la violencia* (A. Ruiz, Trad.). La Pléyade.
- Streck, L. (2022). Lawfare: como detectar os sintomas desse coronajuris. En L. Ramina (Ed.), *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida* (pp. 769-781). Ítala.
- Tarello, G. (2013). La interpretación de la ley. Palestra Editores.
- Toller, F. (2014). Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales. En J. Elías, L. S. Grosman, & S. Legarre (Eds.), *Tratado de Derechos Constitucionales* (pp. 107-199). Abeledo-Perrot.
- Urbina, F. (2012). A Critique of Proportionality. *American Journal of Jurisprudence*, 57, 49-80. <https://doi.org/10.1093/ajj/57.1.49>.
- Vega Reñón, L. (2008). Paralogismos: una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (31), 625-640. <https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.34>.



Vegh Weis, V. (2021). El lawfare como golpe por goteo. *Revista Pensamiento Penal*, (403), 1-38.

Vegh Weis, V. (2022). *What does Lawfare mean in Latin America? A new framework for understanding the criminalization of progressive political leaders*. Punishment & Society.

Woods, J. (2004). *The Death of Argument: Fallacies in Agent Based Reasoning*. Springer.

Zaffaroni, E. (2019). Prólogo. En S. Romano (Ed.), *Lawfare. Giro judicial y neoliberalismo en América Latina* (pp. 9–18). Mármol Izquierdo.

Zanin, C., Martins, V., & Valim, R. (2021). *Lawfare: Waging War through Law*. Routledge. 