

¿Cómo deciden los jueces? Releyendo el trabajo de Gretchen Helmke sobre la lógica de la defección estratégica.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 15/09/2021

Aprobado: 22/10/2021

¿Cómo deciden los jueces? Releyendo el trabajo de Gretchen Helmke sobre la lógica de la defección estratégica¹

How do the judges decide? Rereading Gretchen Helmke's work on the logic of strategic defection

Por Pablo Octavio Cabral²

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Resumen: En el presente trabajo se analiza el fenómeno actual de judicialización de la política y politización de la justicia –vinculado al término *lawfare*–, intentando comprender cómo deciden los jueces, con la ayuda de la lógica de la defección estratégica propuesta por la profesora Gretchen Helmke. Concluye el autor que el Poder Judicial demuestra su independencia del poder político en cada fallo de la Corte Suprema y en cada sentencia de los organismos inferiores, lo que no implica que tales medidas sean ideológicamente neutras. La viabilidad de un cambio social no dependerá solo de la buena selección de los jueces ni del texto de la Constitución o las leyes, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado social y democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho.

1. El presente trabajo es producto de la investigación desarrollada en el marco del Grupo de Investigación del proyecto bienal de investigación y desarrollo (UNLP, Proyectos I+D para los años 2020/2021), "Poder judicial: Legitimidad y reforma. Del Lawfare al acceso", dirigido por Alejandro Medici y radicado en el Centro de Investigación en Derecho Crítico (CIDERCRI) de la UNLP.

2. Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Director de la revista *Derechos en acción* (www.revistas.unlp.edu.ar/ReDeA). Docente de grado (UNLP). Integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico (UNLP). Subdirector nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. pablooctaviocabral@yahoo.com.ar.

Palabras clave: Gretchen Helmke – Decisión judicial – Defección estratégica – Control.

Abstract: *This paper analyzes the current phenomenon of judicialization of politics and politicization of justice –linked to the term Lawfare–, trying to understand how judges decide, with the help of the logic of strategic defection proposed by Professor Gretchen Helmke. The author concludes that the Judicial Power demonstrates its independence from political power in each decision of the Supreme Court and in each judgment of the lower organisms, which does not imply that such measures are ideologically neutral. Now, the viability of a social change will not only depend on the good selection of judges or the text of the Constitution or the laws, but on the success achieved by the discourse that proposes a model of a social and democratic State, in the struggle in the ideological terrain for the predominance in the construction of the meaning of the law.*

Keywords: Gretchen Helmke – Court decision – Strategic defection – Control.

Introducción

El miércoles 6 de octubre de 2021, el diario *Clarín* tituló en su tapa de la edición en papel “Con la salida de Highton, el Gobierno pierde su único voto en la Corte”, afirmación que generó que el presidente de la nación, Alberto Fernández, se preguntara en las redes sociales: “Si el Gobierno perdió su único voto, ¿de quiénes son los cuatro votos restantes?”.

La relación institucional entre los miembros del superior tribunal de justicia de la nación y la máxima autoridad política siempre ha tenido una tensión implícita que por estos días se muestra con todas sus facetas a la luz del día, por lo que me propongo intentar abordar esta compleja cuestión con la asistencia de reconocidos autores, uno de la sociología, Max Weber, y otra de las ciencias políticas, Gretchen Helmke.

Las presentes reflexiones referidas al misterioso fenómeno de la construcción de las decisiones judiciales adquiere hoy –y hace ya algunos años– una relevancia política antes desconocida u oculta, que se manifiesta en el impacto de la actividad judicial en la realidad política de nuestros tiempos. Existe una explícita presión mutua –y confusión– entre las esferas de la política y los ámbitos procesales en los que el derecho tradicionalmente resuelve los conflictos ante imparciales jueces y bajo el cumplimiento de sus propias reglas, justificando así su autonomía científica e independencia institucional (Cabral, 2018 y 2019).

Este fenómeno, conocido como judicialización de la política –o su contracara, politización de la justicia–, adquiere actualmente en

nuestro continente una modalidad más sofisticada y preocupante por sus consecuencias negativas que impactan de lleno en las bases del sistema democrático: el *lawfare*.³ Detrás de él se vislumbra una tensión entre el Poder Ejecutivo (actor relevante del campo de poder) y el Poder Judicial (actor central del campo jurídico). Consiste en la utilización de sectores del Poder Judicial o de instrumentos jurídicos con claros fines 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. Es preocupante que maniobras como estas, con apariencias de legalidad y justicia, lesionen seriamente la calidad democrática en nuestros países.

Este fenómeno está siendo abordado por la academia jurídica y de las ciencias sociales, existiendo en la actualidad varios proyectos de investigación en nuestro país (Zannini, 2020; Moreno, 2018; Médici & Vallefin, 2021; Raimundi & Galarza, 2018; Gutiérrez Colantuono, 2018) y en la región (Valim, 2018; Ferreyra Da Rocha, 2018; Suñé, 2021).

A partir de una serie de recientes fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de alto impacto mediático y de igual repercusión política, nuestro máximo tribunal federal se encuentra en el centro del debate público. Una de las primeras medidas del

3. Término surgido a fines de la década del noventa, que podríamos traducir como “guerra legal” o “guerra jurídica”. Es 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 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” (Cabral, 2019, p. 232).

Gobierno de Alberto Fernández fue la creación del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público,⁴ que dio tratamiento a la posible revisión de las funciones constitucionales e institucionales de la Corte Suprema.

Raúl Gustavo Ferreyra, integrante de dicho consejo, afirmó en su dictamen individual de propuestas y recomendaciones referido a la Corte Suprema que

el abuso en la demanda jurisdiccional dirigida al control de los actos políticos en “sentido estricto” genera una politización de la justicia y puede conducir a una política en forma de justicia. La política se encuentra dentro de las normas de la CF, razón por la cual la promoción “endemoniada” de demandas sobre productos del Congreso o del Ejecutivo –en otras palabras, la judicialización de la política del Estado– constituye, también, una violación a la Ley fundamental.⁵

La renuncia de la única jueza mujer que hasta noviembre de 2021 integraba el máximo tribunal federal reavivó una histórica discusión sobre la composición de la Corte, con propuestas de una mayor cantidad de miembros, paridad de género y la posible integración en salas temáticas.

4. Creado por Decreto 635, del 29 de julio de 2020, con el objeto de elevar un dictamen con propuestas y recomendaciones sobre diversos ejes. En el artículo 4 se destacan los referidos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5. Disponible en:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/04/miscelaneas88981.pdf>

Hace ya una década, en otro contexto político, el periodista Mario Wainfeld (24 de enero de 2010) realizó una interpretación de la conducta de los jueces federales:

Para hacer viable cualquier jugada, el kirchnerismo debe internalizar que está en minoría en el Congreso y que el Poder Judicial es procíclico en sus alineamientos políticos. Cuando merma la aprobación popular hacia el Gobierno, la mayoría de los magistrados hace cola para ostentar “independencia”, que es a menudo empatía con la oposición o con poderes fácticos soliviantados. La veleta con toga es tan sensible al viento de época como la de otros actores... si no más.

Esta visión respecto de la conducta política de los magistrados al momento de resolver cuestiones que afectan a los Gobiernos supuestamente débiles es conocida como la lógica de la defeción estratégica.

Con el fin de abordar una problemática del campo jurídico desde un punto de vista no dogmático y aplicar algunos conceptos metodológicos de la sociología comprensivista de Max Weber (1987), haré algunas consideraciones sobre un análisis efectuado por la profesora del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Notre Dame, Gretchen Helmke (2003), respecto de la interpretación del ordenamiento jurídico que realizan los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La infinitud de la realidad social y la multicausalidad de las conductas humanas

Las múltiples formas en que la realidad se nos presenta y las limitadas posibilidades de interpretarla fueron analizadas por Weber (1958), quien afirmó que:

Cualquier conocimiento conceptual de la realidad infinita por la mente humana finita descansa en el supuesto tácito de que solo la parte finita de esta realidad constituye el objeto de la investigación científica, parte que debe ser la única esencial en sentido de que merece ser conocida. (p. 62)

Explicar las motivaciones de los jueces al sentenciar se transforma en una tarea difícil, si consideramos los múltiples factores que pueden determinar el sentido de la decisión judicial. A modo de ejemplo, transcribiré un párrafo de una obra literaria donde se describen las particulares causas que determinaron la decisión de un magistrado:

Una noche el juez Mendizábal iba a firmar una sentencia de muerte; ya había firmado muchas en su vida y no había peligro de que le temblara el pulso. Todos sabíamos que ni con súplicas ni con lágrimas podría conseguirse nada. El juez Mendizábal era insensible al dolor humano, pero en cambio sentía una profunda ternura por los pájaros. Frente a su ventana abierta, el juez redactaba tranquilamente la sentencia. En aquel momento, en el jardín, rompió a cantar un ruiseñor. Fue como si de pronto se oyera latir en el silencio el corazón de la noche. Y aquella mano de hielo tembló por primera vez. Solo entonces comprendió que hasta en la vida más pequeña hay algo tan sagrado y tan alto,

que jamás un hombre tendrá el derecho de quitárselo a otro. Y la sentencia no se firmó. (Casona, 1967, p. 74)

A partir de estas premisas epistemológicas de infinitud de la realidad, limitación del conocimiento y multicausalidad de las conductas humanas, trataré de analizar en este trabajo las causas de las decisiones judiciales.

Punto de vista desde el cual Helmke aborda el tema

La autora realiza una investigación sociológica sobre las relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en el período 1976-1995.

Este *punto de vista* sociológico determina el método utilizado y la construcción de su esquema conceptual. En mi opinión, utiliza los métodos de la sociología comprensiva de Weber; en todo caso, pueden observarse en el proceso de investigación algunas de las ideas expresadas por este autor en *Ensayos sobre metodología sociológica* (1958). “En cuanto al cómo, al método de investigación, el punto de vista orientador es determinante para la construcción del esquema conceptual que se empleará en la investigación” (p. 73).

El fenómeno que pretende explicar es la conducta de los jueces que, en contextos de inseguridad institucional, toman medidas contrarias al Gobierno que los eligió y puso en sus cargos, a partir de la construcción de un tipo ideal de conducta racional con arreglo a fines que luego utiliza para darle sentido al fenómeno específico que investiga y predecir futuras configuraciones posibles.

La autora se pregunta por qué los jueces dependientes del Ejecutivo “contribuyen a veces a controlar a los jefes del gobierno. ¿Cómo entender este comportamiento?” (p. 180).

Los presupuestos teóricos de la investigación

Antes de exponer la construcción de su tipo ideal de conducta racional con arreglo a fines y de sus hipótesis principales, me detendré en los presupuestos teóricos sobre los que la autora edifica su investigación construyendo su objeto y que, en mi opinión, reflejan su *cosmovisión* e ideas de valor subjetivas.

Según Weber (1958), “qué pase a ser objeto de la investigación, y en qué medida se extienda esta en la infinitud de las conexiones causales, estará determinado por las ideas de valor que dominan al investigador y a su época” (p. 73).

Diferencia institucional entre países desarrollados y en vías de desarrollo

Helmke advierte al lector que el enfoque estratégico que utiliza tiene aplicación en los países subdesarrollados y no en países como Estados Unidos, ya que en el tercer mundo la protección institucional de los jueces es muy escasa y son mayores las presiones que estos sufren de parte de los restantes poderes.

En naciones desarrolladas los jueces toman medidas contrarias al Gobierno porque son independientes; “los jueces que carecen de independencia rara vez se arriesgarán a ganarse la antipatía de los gobernantes” (Helmke, 2003, p. 179).

La premisa que establece que la independencia del Poder Judicial es una condición necesaria, aunque insuficiente, para que funcione el sistema de controles y equilibrios entre los poderes no es aplicable (según su observación de los hechos) a la conducta del Poder Judicial en los países del tercer mundo. Aunque Helmke no lo expresa de esta forma, se puede interpretar que en países como el nuestro es aplicable la siguiente premisa: la independencia del Poder Judicial no es una condición necesaria para que funcione el sistema de controles y equilibrios entre los poderes.

Esto implicaría que, por ejemplo, en nuestro país uno de los pilares del sistema republicano (control del poder político) puede ser sostenido por un Poder Judicial dependiente del Poder Ejecutivo. La experiencia de países como España (durante el franquismo), Guatemala, Perú y Argentina, donde los jueces se han manifestado contra el Gobierno, le permiten afirmar a la autora que “las evidencias disponibles indican que las decisiones judiciales son muy variadas aún allí cuando están notoriamente ausentes los requisitos institucionales básicos para la independencia de la justicia” (p. 180). Aún más, afirma que en ciertas circunstancias “la misma falta de independencia motiva a los jueces a cuestionar a las otras ramas del gobierno” (p. 180). Los sistemas institucionales inseguros garantizarían, durante un período considerable (dos años de un mandato de cuatro), un mayor control del poder político (ejecutivo y legislativo).

¿Qué sentido tiene exigir la independencia judicial si, como vemos, el sistema de controles y equilibrios entre los poderes funciona igual, o aun mejor, con jueces dependientes del Gobierno?

Según la autora, la realidad institucional de los países subdesarrollados se diferencia de la de Estados Unidos por el peligro de que los jueces sean sancionados (“pueden sufrir sanciones que van desde el juicio político, la remoción en sus cargos y el nombramiento de nuevos jueces, hasta acusaciones penales, agresiones físicas violentas y aún la muerte”, p. 181), la concentración del poder en el órgano ejecutivo y la amenaza de que la sanción provenga del siguiente Gobierno y no del actual.

Dependencia de los jueces del Poder Ejecutivo en los países en vías de desarrollo

Helmke construye su investigación partiendo del presupuesto de que todos los jueces de los países subdesarrollados son dependientes del poder político, a diferencia de Estados Unidos, donde el Poder Judicial cuenta con jueces independientes.

Al plantear su hipótesis, afirma que “estamos en condiciones de proponer un nuevo conjunto de respuestas a la pregunta de por qué motivo, en qué momento y en qué casos es probable que los jueces carentes de independencia se pronuncien en contra del gobierno” (p. 184).

Cuando diseña la investigación, incluye dentro del concepto “juez carente de independencia” a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia argentina entre los años 1976 y 1995, incluyendo, por ejemplo, a Genaro Carrió.

Indiferencia del funcionamiento institucional en períodos democráticos y dictatoriales

Del texto se desprende que para la autora la estructura institucional de los países subdesarrollados es similar tanto en períodos de

gobiernos democráticos como en autocráticos, y por ello la relación de los poderes es indiferente a la realidad política. Dice: “La lógica de la defección estratégica nos brinda un mecanismo importante para analizar una variedad de conductas interinstitucionales tanto en las dictaduras como en las democracias” (p. 180).

Equipara el tratamiento a los jueces de la Corte Suprema dado por el Gobierno de facto de Jorge Rafael Videla y el del Gobierno democrático de Raúl Alfonsín: “Dentro del período aquí examinado, la Corte fue destituida en masa por los militares luego del golpe de 1976 y nuevamente cuando Raúl Alfonsín asumió el gobierno democrático del país en 1983” (pp. 180-181). Por ello realiza la comprobación estadística en períodos de gobiernos militares y democráticos sin modificar teóricamente los elementos y factores que componen su explicación.

En mi opinión, los factores (seguridad institucional, actores políticos relevantes y oportunidad política) que determinan las decisiones de los jueces de la Corte Suprema varían sensiblemente entre gobiernos dictatoriales y democráticos y la autora debió dar cuenta de estas circunstancias.

Exclusión a priori de otras causales de la motivación de los jueces

Excluye la autora en forma expresa dos teorías que explican la motivación de los fallos judiciales en causas legales (aplicación del orden jurídico al caso) y político-ideológicas (aplicación de su ideología al caso) y juzga aplicable a su estudio el enfoque de la separación de los poderes, que considera que los jueces adoptan decisiones racionales y están limitados por otros actores.

En mi opinión, los jueces deciden tanto motivados por el ordenamiento jurídico como por sus ideas políticas, también actúan racionalmente en arreglo a sus fines (aplicar la ley, resolver de acuerdo con su cosmovisión política), y también, en tanto acción social en sentido weberiano, su conducta está referida a la conducta de otros, orientándose por esta en su desarrollo.

La exclusión de estas visiones jurídicas y políticas se funda en que no explican por qué los jueces dependientes del Ejecutivo contribuyen a controlar a los jefes de gobierno.

La decisión de la investigadora determina que no explore la realidad comparándola con los otros dos modelos teóricos (jurídico e ideológico) y estudiando en qué casos los jueces aplicaron la ley y en cuáles siguieron sus ideas políticas.

Construcción del tipo ideal de conducta racional con arreglo a fines

Helmke construye su tipo ideal de conducta racional con arreglo a fines para compararlo con la realidad estudiada y *comprender* (captación interpretativa del sentido o conexión de sentido de la acción) en definitiva la motivación de la conducta de los jueces de la Corte Suprema.

Según Weber (1958), un comportamiento racional con arreglo a fines debe entenderse como la conducta que se orienta exclusivamente hacia medios representados subjetivamente como adecuados para alcanzar los fines aprehendidos de manera unívoca.

El tipo ideal se construye a partir de considerar cómo se hubiera desarrollado esa acción si su autor hubiese conocido todas las circunstancias y todas las intenciones de los protagonistas y de haberse orientado en la selección de los medios a tenor de los datos de la experiencia considerados por el investigador como existentes de un modo rigurosamente racional con arreglo a fines.

La construcción de este tipo ideal, rigurosamente racional con arreglo a fines, le permite al investigador captar interpretativamente el sentido subjetivo de la acción real que en la infinitud del fenómeno se encuentra influida por irracionalidades de toda especie (afectos, creencias, sentimientos, etcétera), como una desviación del desarrollo esperado de la acción racional. La conducta ideal racional con arreglo a fines le sirve al investigador para poder estimar el alcance de lo irracional en relación con fines.

Del texto deduzco que, para comprender la conducta de los jueces, se pueden utilizar tres tipos ideales de acciones racionales con arreglo a fines (conducta jurídica, conducta ideológica, conducta estratégica).

Helmke encuentra que en los países con inseguridad institucional las decisiones de los jueces que cuestionan con sus fallos al Gobierno del que dependen se apartan de los “tipos ideales” que las explican (fallos motivados en el derecho o en la ideología), y considera que estas acciones no son una desviación del desarrollo esperado de la acción racional sino que obedecen a un sentido racional con arreglo a otros fines que le otorgan los actores a su acción.

Esta anomalía consistente en el control del Ejecutivo por parte de jueces dependientes, que carece de explicación desde los dos

modelos tradicionales, se produce, como expresa la autora, en países subdesarrollados durante la última etapa del Gobierno que eligió a los jueces, cuando este comienza a perder poder y debilitarse. La explicación que propone la investigadora es que, cuando un Gobierno comienza a perder poder, los jueces carentes de seguridad institucional se ven estimulados a incrementar sus medidas contrarias a él a fin de poner distancia (defección estratégica). Dice: "Si los jueces piensan que se verán más limitados en su accionar por el futuro gobierno que se opone al actual, su reacción más apropiada tal vez sea no apoyar al gobierno actual, sino defeccionar de este" (p. 182).

Las hipótesis que se derivan de este tipo ideal de conducta racional con arreglo a fines fueron expuestas por Helmke en las siguientes premisas:

- Los jueces incrementan sus decisiones contrarias al Gobierno actual cuando vislumbren que este perderá poder.
- A igualdad de todos los demás factores, los jueces centrarán sus defecciones en los casos que consideran más importantes para el futuro Gobierno.

El *fin*, en tanto representación de un resultado que pasa a ser causa de una acción, lo constituye en este caso la ausencia de sanción del juez por parte del Gobierno que sucederá al que lo designó. Mediante su conducta de defección estratégica (medio) pretende no ser sancionado (fin), y la racionalidad de la acción está dada en la experiencia que demuestra que en los países subdesarrollados hay altas probabilidades de que los jueces sean sancionados, donde la rama ejecutiva concentra todo el poder y la mayor amenaza no proviene del Gobierno en ejercicio sino del que lo suceda.

La experiencia es determinante para definir la adecuación medio-fin, y, al confirmar por la observación que los medios son ineludibles, le otorga a esta relación el carácter de unívoca.

Mantenerse en el cargo de magistrado de la Corte parece ser un fin individualista, ya que la conducta estaría motivada por el deseo de gozar de los privilegios, poderes y honores que esto implica. Como la autora descarta las motivaciones jurídicas e ideológicas, estos magistrados no dudarían en no aplicar el derecho o traicionar sus ideas políticas con tal de seguir en sus puestos. La “estrategia” estaría destinada exclusivamente a ese fin. Pero la experiencia demuestra que los jueces de la Corte de Videla y dos de los jueces de la Corte de Alfonsín renunciaron a sus cargos con el cambio de Gobierno. Si bien la renuncia puede ser el resultado de presiones, Helmke no hace referencia concreta a aquellas y por ello no se comprende la racionalidad de esa conducta.

También surge de la experiencia de los años estudiados que los Gobiernos no sancionaron a ningún juez de la Corte Suprema. No hay un solo juicio político, ni remoción del cargo, ni acusaciones penales (con resultado conocido), ni agresiones físicas violentas, ni muerte de ningún juez (que no fuera fallecimiento por causas naturales). Sí hubo nombramiento de nuevos jueces en el Gobierno de Carlos Menem, pero esta acción del Ejecutivo no puede ser interpretada como una sanción al resto de los jueces y por ello no altera el fin perseguido de continuar en sus cargos. Esta *probabilidad típica* construida por la autora no está debidamente confirmada por la observación de la realidad fáctica.

Helmke afirma: “Tanto con los militares como con Alfonsín, los jueces aumentaron sus pronunciamientos contrarios al gobierno en los dos años finales de este, cuando ya se había vuelto sumamente probable que perdiera poder” (p. 189). En el caso concreto de los jueces del último Gobierno de facto, quienes según la investigación defeccionaron estratégicamente renunciaron masivamente a sus cargos. Si suponemos que estas renunciaciones fueron producto de la coacción del Gobierno entrante (realidad que desconozco) y pueden ser interpretadas como una sanción, queda evidenciado que los medios utilizados por los magistrados para lograr el fin propuesto no fueron adecuados, ya que, con defección y todo, se quedaron sin sus cargos. Lo mismo puede decirse de una parte de la Corte alfonsinista.

En mi opinión, la experiencia no demuestra la racionalidad de defeccionar estratégicamente para lograr no ser sancionado y permanecer en el cargo, ya que está demostrada la falta de adecuación medio-fin.

En cuanto a la validez temporal de la propuesta teórica de Helmke, se podría pensar que, en principio, durante los primeros años de un Gobierno o mientras este se mantenga con poder, los jueces deberían actuar de acuerdo con una racionalidad que bien puede ser explicada por los otros tipos ideales (conducta jurídica, conducta ideológica). Según esta investigación, no ocurre esto, ya que el fin que tienen los jueces es el mismo durante todo su mandato (determinado por la inseguridad institucional) y el factor que altera la dirección de los fallos es la influencia del actual Gobierno y de la oposición.

Cuando un juez de la Corte dicta un fallo favorable al Gobierno mientras este mantiene su poder, lo está haciendo para congraciarse y así lograr su fin de no ser sancionado. Esta conducta también puede ser explicada satisfactoriamente por los otros modelos racionales de acción, ya que también puede estar motivado por la aplicación del derecho o por la resolución de causas de acuerdo con su ideología, que puede coincidir con el Gobierno que lo nombró.

Algunos casos que no se explican con la lógica de la defección estratégica

Intentando observar la posibilidad de adaptación de la teoría de Helmke a la realidad, busqué algunas decisiones del tribunal dictadas en los dos años previos a la asunción del Gobierno de la Alianza a fin de interpretarlas con el tipo ideal de conducta de defección estratégica. El primer caso se resolvió en noviembre de 1998 y el segundo, en agosto de 1999.

El caso de los “senadores truchos”

En noviembre de 1998 se produjo un conflicto político por la asunción de dos senadores del Partido Justicialista de las provincias de Chaco y Corrientes, a quienes se consideraba ilegítimos por el proceso de selección.

La oposición planteó ante la Corte Suprema una acción, solicitando que no avalase el nombramiento de Hugo Sager y Rubén Pruyas. El tribunal resolvió a favor del oficialismo.

En una nota periodística en el diario *Clarín* del 11 de noviembre de 1998 se explicaba que:

El reclamo de la oposición ante la Corte Suprema por los senadores ilegítimos designados por el oficialismo no será el final del caso, sino solo el principio. El debate jurídico sobre las atribuciones del Tribunal para juzgar la usurpación de las bancas correspondientes a las provincias de Chaco y Corrientes se mezcla con la tensión política que genera el escenario buscado por la oposición [...] Por su parte, Gil Lavedra acompañará al gobernador chaqueño Ángel Rozas en su escrito ante la Corte por el caso de Carlos Pavicich, el radical elegido por la Legislatura provincial, y desplazado por el PJ en el Senado para colocar a su hombre, Hugo Sager. Será una acción declarativa de certeza, explicó Gil Lavedra, quien espera que tras la presentación, la Corte dicte de inmediato la medida de no innovar. Para la Alianza, la decisión de llevar a la Corte el caso de la usurpación de las bancas tiene un doble objetivo. Además de tratar de frenar la avanzada del justicialismo, le deja al Tribunal un terreno complicado: si avala la decisión del Senado, podría volver a evidenciar un alineamiento con el oficialismo –sobre todo de los cinco miembros que la oposición vincula con el Gobierno–, justo cuando muchos en el Poder Judicial pretenden lo contrario. Pero un fallo en contra de las designaciones votadas por la mayoría oficialista en la Cámara no solo le producirá una derrota al Gobierno, sino que le generaría un problema a futuro, si en el 99 triunfa la Alianza y el PJ necesita de esas bancas. La cuestión se agravaría si la Corte se pronuncia en contra de que asuman los senadores designados, pero la mayoría oficialista opta por desconocer el fallo. Está claro que, entonces, se estaría ante un grave conflicto

de poderes. La Corte tampoco tiene un terreno fácil en cuanto a los términos. El 25 de este mes es el último plazo para que dictamine, antes de que los senadores ilegítimos asuman. La estrategia de dilatar una decisión, a su vez, podría mantener en primer plano un caso al que el PJ prefiere darle un inmediato bajo perfil. ¿Qué puede pasar si los senadores asumen, resultan ser claves en la sanción de alguna ley y la Justicia dictamina luego que sus mandatos son ilegítimos?

El 25 de noviembre asumieron los senadores denominados “truchos”, y un día después los diarios reflejaron la importancia de la decisión de la Corte Suprema y las consecuencias políticas de la conformación del Senado para el futuro Gobierno.

En nota de *Clarín* del 26 noviembre del mismo año se cuenta que:

El justicialismo hizo jurar finalmente a sus dos senadores cuestionados. El chaqueño Sager y el correntino Pruyas lo hicieron en una sesión que orilló el escándalo. La Corte había avalado al PJ el martes. De ese modo, intenta asegurarse la mayoría más allá del 99 [...] Los justicialistas Hugo Sager y Rubén Pruyas juraron ayer como nuevos senadores por Chaco y Corrientes, en el marco de una sesión convulsionada por las protestas de la oposición, que reclamaba esas bancas. De ese modo, el bloque oficialista pudo consumir la maniobra para apropiarse de las dos bancas, con el aval que la Corte Suprema dio el martes a la noche a la designación de ambos senadores, en un fallo que definieron los cinco jueces más cercanos al Gobierno. Así, el PJ busca asegurarse la mayoría en el Senado más allá del 99, cuando deje el gobierno Carlos Menem. El máximo tribunal había rechazado

por 5 votos a 4 el reclamo formulado por el gobernador del Chaco, Ángel Rozas, argumentando que el Senado había actuado dentro de sus facultades y con fundamento en lo previsto en la Constitución al elegir a Sager. Y en el mismo dictamen hizo extensivas esas razones para avalar la designación de Pruyas.

La decisión de la Corte fue un respaldo político institucional más que significativo para el Gobierno de Menem, y sus consecuencias se extienden y trasladan al Gobierno entrante.

Por la circunstancia de que no se encontraba demandado el Estado nacional ni se hacía mención a ningún decreto del Poder Ejecutivo, esta decisión no estaría incluida en los casos seleccionados por Helmke.

El caso de blanqueo al personal de las Fuerzas Armadas

Durante la última etapa del Gobierno de Menem, la Corte Suprema condenó al Estado a pagar una importante suma de dinero. Los fallos son “Mini, Franco E y otros c/ Estado Nacional s/ Personal militar y civil de las FFAA y de Seg.” y “Franco, Rubén Oscar y otros c/ Estado Nacional (Mrio. de Defensa) s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seguridad”, del 19 de agosto de 1999. La mayoría se integró con los votos de Enrique S. Petracchi, Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Guillermo A. F. López y Adolfo R. Vázquez.

Estos fallos, que por las variables seleccionadas por Helmke se pueden interpretar como un distanciamiento con el Gobierno saliente, tomaron en la opinión pública y para los actores políticos un significado opuesto: de apoyo político al Gobierno menemista y perjuicio al nuevo Gobierno.

Desde mi punto de vista, esto tiene que ver con una variable no considerada por Helmke: la económica. Esta variable, que tiene indicadores cuantificables (monto de la condena), permite identificar decisiones que tienen una especial regulación temporal, ya que los montos deben ser incorporados en el presupuesto del año siguiente. Ello hace que todas las condenas pecuniarias dictadas en el último año de un Gobierno repercutan negativamente en el presupuesto del nuevo Gobierno. Los fallos que tienen estas características no deben ser significados como contrarios al poder político saliente sino como obstáculos que se le cargan al nuevo.

Los casos concretos que analizamos son importantes, según mi opinión, por dos motivos: peso económico y repercusión pública, donde los medios interpretaron los fallos como favorables al Gobierno menemista.

El monto reclamado por los militares retirados ascendería a 4.000 millones de dólares. Recordemos que al momento de asumir el Gobierno de la Alianza el déficit se presupuestaba en 10.000 millones de pesos, y una de las medidas económicas dispuestas por De la Rúa fue el pedido de un crédito al Fondo Monetario Internacional de 12.000 millones de dólares para hacer frente a ese déficit (incrementado en parte por las consecuencias de estos fallos).

La repercusión mediática se manifestó en tapas de diarios y numerosas notas. En una nota de *Clarín* del 1º de julio de 1999 se decía:

La decisión de la Corte, que sería apoyada por los cinco jueces más cercanos al oficialismo, reconocería lo siguiente: el pago de una suma fija por una serie de adicionales mal liquidados; el

reenganche de los militares retirados con el sueldo de los activos y parte de los retroactivos que se reclaman. La medida implicaría un gasto anual de 300 millones más en el presupuesto militar. Una cifra que, de todas formas, no deberá asumir el gobierno de Carlos Menem sino el que gane en las elecciones de octubre.

Luego de conocerse el fallo, una nota del 20 de agosto en el mismo diario dijo:

La Corte Suprema de Justicia falló ayer a favor de un grupo de militares retirados y en actividad que reclamaban, desde 1995, una recomposición salarial. Sin embargo, la actualización de los haberes deberá esperar al próximo presupuesto y la retroactividad podría pagarse en bonos. Según la resolución, el Estado deberá pagar –con partidas que se dispondrán en los próximos presupuestos– a unos 1.000 militares las diferencias en los sueldos. La Corte consideró que son remunerativas y bonificables las sumas fijas que, en su momento, otorgó el Poder Ejecutivo al personal en actividad. La medida se extendería a las 16 mil presentaciones judiciales que se hicieron por la misma causa. El aumento insumirá al Estado entre 50 y 60 millones de pesos anuales.

En un artículo en el mismo diario del 19 de septiembre, titulado “Que pague el que sigue”, se describe la proyección del déficit fiscal:

Para quien quiera que gane las elecciones, el día después del 10 de diciembre amanecerá, en materia fiscal, con un panorama que es lo más parecido a un campo minado. Los economistas de la Alianza, del duhaldismo y del cavallismo consultados

por *Clarín* imaginaron cómo será el cuadro de las cuentas públicas en el comienzo de nueva gestión. Y por lo que dicen, mejor pensar en otra cosa más divertida y ni imaginárselo: las proyecciones de déficit que se están manejando –del orden de los 10.000 millones de pesos– reducen las cifras que se volcaron en el Presupuesto 2000, que se presentó el martes, a la categoría de anecdóticas.

Dentro del análisis de los economistas de la oposición se hace referencia al fallo:

La deuda con los militares: Un reciente fallo de la Corte Suprema beneficia a unos 18.000 militares retirados, que demandaron la incorporación retroactiva de bonificaciones otorgadas a partir de 1992 al personal en actividad. El monto varía según las fuentes –son 500 millones para Economía y 4.000 millones para los demandantes– y además implica pagos futuros para equiparar las remuneraciones actuales de todo el personal, que suman entre 50 y 60 millones de egresos anuales adicionales. Chicanas descontadas. Hay otros campos en los cuales los economistas de los aspirantes a presidente advierten qué medidas y conductas actuales pueden tener consecuencias negativas sobre el futuro de las cuentas del Tesoro.

Las consecuencias también son analizadas por el Gobierno saliente:

Sin la presencia del ministro de Economía, Roque Fernández, ni del canciller Guido Di Tella, el gabinete nacional reunido ayer en Olivos analizó las consecuencias que traerá el reciente fallo de la Corte Suprema que reconoció un millonario reclamo salarial

de los militares en actividad y jubilados. De acuerdo con los datos aportados por el ministro de Defensa, Jorge Domínguez, la decisión de la Corte beneficiaría a unos 18.000 militares retirados que iniciaron acciones judiciales contra el Estado, demandando la incorporación retroactiva de las bonificaciones que recibe el personal en actividad y que no estaban sujetas a deducciones salariales. Para hacer frente a todos los reclamos por las diferencias de liquidaciones tanto del personal militar en actividad, como de los retirados, el Estado necesitaría unos 500 millones de dólares para retroactividades, según los cálculos de Economía. Sin embargo, en fuentes militares se habla de 4.000 millones, aunque el general Martín Balza, jefe del Ejército, indicó que es muy difícil hacer el cálculo de las retroactividades. A eso hay que agregarles entre 50 y 60 millones adicionales por año para poder equiparar de aquí en más las remuneraciones actuales de todo el personal. Si bien la obligación de afrontar esos pagos quedará para el próximo gobierno, la preocupación de los actuales funcionarios se centralizó en cómo poder obtener los recursos adicionales que se necesitarán para cumplir con los juicios. Para cancelar las obligaciones con los militares se estarían barajando dos variantes: la entrega de un bono (similar al Bocon Previsional utilizado para cancelar la deuda con los jubilados) o un incremento del endeudamiento externo.

El último ministro de Economía del Gobierno de Menem, Roque Fernández, ante la pregunta "¿Cómo se siente al terminar esta gestión bajo el fuego de los cuestionamientos de la Alianza, sobre las cuentas públicas y los vencimientos de la deuda externa por 17.000 millones para el próximo año?" del diario *Clarín* del 1º de diciembre

de 1999, declaró: “Ni mal ni bien. Cada gobierno que asume habla de la pesada herencia que le queda del anterior”.

Es decir que todos los actores políticos (del oficialismo y de la oposición) y los medios de comunicación le otorgaron a la decisión de la Corte un carácter contrario al nuevo Gobierno y de apoyo al saliente. En definitiva, podemos intuir o sospechar que la caída del Gobierno de la Alianza obedeció a causas económicas y que efectivamente el endeudamiento en 4.000 millones dispuesto por los ministros de la Corte lo perjudicó.

A pesar de no defeccionar estratégicamente el Gobierno siguiente, que contaba con un importante apoyo popular y esgrimía banderas de lucha contra la corrupción, no aplicó sanción alguna a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Algunas explicaciones alternativas

Como vimos, Helmke encuentra que el fenómeno estudiado tiene explicación mediante la teoría de la defección estratégica, descartando la utilización de puntos de vista interpretativos no estratégicos. Dice: “si la diversidad de los casos sobre los cuales se pronuncian los jueces se mantiene relativamente estable a lo largo del tiempo, ninguna explicación no estratégica da cuenta del aumento significativo de fallos contrarios cuando está por finalizar su mandato” (p. 188).

Además de las explicaciones alternativas propuestas por la autora, basadas en la composición de la Corte y la heterogeneidad de los

casos, me gustaría proponer otros motivos que podrían colaborar con la comprensión de tan interesante fenómeno.

Desde la visión político-ideológica

Otra explicación estratégica, pero basada en el presupuesto de que los jueces de la Corte deciden de acuerdo con sus convicciones políticas (que, por cierto, suelen coincidir con el ideal del Gobierno que los nombra), es que al llegar al final un Gobierno, y ante la posibilidad cierta de la asunción de uno nuevo, los jueces deciden cuestiones políticas y económicas que perjudican al “Estado” y cuyas consecuencias se trasladarán al Gobierno siguiente.

La experiencia de los fallos citados indicaría que las decisiones de la Corte Suprema, que objetivamente se dictaron contra el Estado, en realidad fueron un apoyo al Gobierno saliente y un traslado del problema al entrante.

Desde la visión jurídica

Desde una óptica más legalista, se pueden explicar los fallos contrarios al Gobierno, en especial los que anulan decisiones tomadas durante su período, afirmando que estos se concentran en el final del ciclo por causa del tiempo que transcurre entre la impugnación en sede administrativa de la decisión del Poder Ejecutivo y la resolución de la Corte Suprema, pasando por la impugnación mediante los recursos administrativos previstos para agotar la instancia, el proceso de la primera instancia de la Justicia federal competente en la materia, la apelación ante las Cámaras de Apelaciones y finalmente los nueve jueces que integran el máximo tribunal.

Las posibilidades de que la Corte se pronuncie sobre la legalidad de una decisión del Gobierno son mucho menores durante los primeros años que durante la última etapa de este, y esta circunstancia está determinada objetivamente por el sistema judicial y las normas procesales. Si bien el tribunal entendió en algunas causas vía per saltum, el número de estas no puede alterar la tendencia antes descrita.

Un ejemplo de esta circunstancia lo encontramos en los fallos “Mini” y “Franco”: recién en 1999 se pronunció la Corte sobre la legalidad de sendos decretos del Poder Ejecutivo, dictados por Menem en 1991 y 1992.

Conclusiones provisionarias

Me interesa destacar la importancia de reconocer que, en toda investigación de los fenómenos sociales, el abordaje del investigador al estudio de una parte de la infinita realidad se inscribe en la *cosmovisión* o *ideas de valor* del sujeto que investiga. Explica Max Weber (1958) que:

La premisa trascendental de toda ciencia de la cultura no consiste en que encontremos plena de valor una determinada cultura, o cualquier cultura en general, sino en que somos hombres de cultura, dotados de la capacidad y la voluntad de tomar conscientemente posición ante el mundo y de conferirle sentido. Y este, cualquiera que sea, conducirá a que en la vida juzguemos determinados fenómenos de la coexistencia humana a partir de él, y a que tomemos posición frente a ellos como significativos

(positiva o negativamente). Además, sin que importe cuál sea el contenido de esta toma de posición, tales fenómenos tienen para nosotros significación cultural y únicamente en ella estriba su interés científico. (p. 170)

Todo investigador social recorta el fenómeno que investiga motivado por sus valoraciones subjetivas, que le otorgan significación a su tarea. Como dice Weber: “La luz que brota de aquellas ideas de valor supremas cae sobre una parte finita, siempre cambiante, de la inmensa corriente caótica de los acontecimientos, que fluye a lo largo del tiempo” (p. 172).

La construcción del tipo ideal y el diseño de la investigación se basan en esas premisas subjetivas del investigador, ya que sin ellas no existiría ningún principio de selección del material ni conocimiento provisto de sentido de lo real en cuanto a lo individual. Para Weber:

Sin la fe del investigador en la significación de cualquier contenido cultural toda labor de conocimiento de la realidad individual carecería directamente de sentido, del mismo modo su labor estará orientada por la dirección de su fe personal, por la refracción de los valores en el prisma de su alma. (p. 174)

Toda técnica de investigación o metodología contiene una teoría implícita de lo social, y la objetividad de la tarea científica debe estar respaldada por la manifestación expresa de esa ideología.

Ninguna valoración provista de sentido de una conducta ajena puede consistir en otra cosa que una crítica cumplida a partir de la

propia *cosmovisión*, en una lucha en contra del ideal ajeno conducida sobre la base de las ideas propias.

Para diferenciar la ciencia social de los valores subjetivos del investigador, Weber propone que, por un lado, tanto el investigador como el lector tengan clara conciencia de cuáles son los criterios empleados para medir la realidad y obtener el juicio de valor, y, por el otro, que el autor indique cuándo calla el investigador y comienza a hablar como sujeto de voluntad, dónde los argumentos se dirigen al intelecto y dónde al sentimiento.

Intuyo que con los jueces sucede algo similar que con los científicos sociales, en cuanto a la dificultad de diferenciar cuándo las decisiones son producto de una interpretación jurídica objetiva –si es que esto es posible– y cuándo una aplicación de creencias o convicciones políticas, religiosas, ideológicas, etcétera.

Descartada, desde mi postura, la explicación de la lógica de la defección estratégica, subsiste el planteo del Gobierno sobre la existencia de un “partido judicial” que se opone a las transformaciones económico-sociales propuestas desde el Poder Ejecutivo.

En mi opinión, no existe tal partido judicial. Por el contrario, los magistrados son reacios a manifestarse sobre cuestiones políticas que siquiera en forma remota pongan en duda su tan preciada independencia. Esto no quiere decir que no tengan una posición política e ideológica: el Poder Judicial, en su mayoría, está integrado por personas de clase media-alta o alta, de la religión oficial (católica apostólica romana), defensoras de los valores republicanos y liberales y políticamente conservadoras. Además, los jueces deben aplicar un

derecho liberal que poco tiene de herramienta de transformación social y cuyos valores principales son la libertad, la propiedad y (luego de la reforma de la Constitución de 1994) el mercado.

Es por ello que pensar en una transformación de nuestra sociedad en pos de mayor igualdad, menor exclusión social, mejor distribución de la riqueza, etcétera, presupone la construcción de un nuevo Estado, con un nuevo ordenamiento jurídico con otros valores y principios y con un democratizado Poder Judicial, donde toda la sociedad se encuentre representada.

El actual Poder Judicial demuestra su independencia del poder político en cada fallo de la Corte Suprema y en cada sentencia de los organismos inferiores, lo que no implica que tales medidas sean ideológicamente neutras. Ahora bien, la viabilidad de un cambio social no dependerá solo de la buena selección de los jueces ni del texto de la Constitución o las leyes, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado social y democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho (Althusser, 1988). Hasta tanto esto suceda, y a pesar de los esfuerzos del Gobierno por garantizar su independencia, el Poder Judicial seguirá interponiendo su ideología liberal y conservadora a cualquier proyecto de transformación social.

Bibliografía

- ALTHUSSER, L. (1988).** *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- CABRAL, P. O. (2018).** “La judicialización de la política. Propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico”. En: *Trayectorias Universitarias*, vol. 4, N° 7. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/TrayectoriasUniversitarias/article/view/6499>
- CABRAL, P. O. (2019).** “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”. En: *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 9. DTR\2019\31961.
- CASONA, A. (1967).** *Los árboles mueren de pie. Comedia en tres actos*. Buenos Aires: Losada.
- FERREYRADARROCHA, S. L. (2018).** “El juez, la construcción de los hechos y el estado de excepción: un análisis del caso Lula”. En: *Derechos en acción*, vol. 7, N° 7. DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e168>
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, P. Á. (2018).** “Legalidades aparentes”. En: *Derechos en acción*, vol. 7, N° 7. DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e166>
- HELMKE, G. (2003).** “La lógica de la defección estratégica; relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en los períodos de la dictadura y la democracia”. En: *Desarrollo Económico*, vol. 43, N° 170.
- MÉDICI, A. & VALLEFÍN, J. C. (2021).** “Posverdad jurídica, lawfare y nuevas dimensiones del derecho a la verdad”. En: *Nullius*, vol. 2, N° 2. DOI: <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4076>
- MORENO, G. R. (2018).** “El Poder Judicial como arma política. Sobre la intervención judicial del partido justicialista en la República Argentina”. En: *Derechos en acción*, vol. 7, N° 7. DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e164>

- RAIMUNDI, C. & Galarza, E. (2018).** “Política y corrupción. Nuevo capítulo de la batalla cultural”. En: *Derechos en acción*, vol. 7, N° 7.
- SUÑÉ, N. (2021).** *América Latina y el Estado de no derecho. La importancia del caso “Edwin Jarrín y otros c. Ecuador” para el sistema democrático y la vigencia plena de los derechos humanos en la región*. Asunción: Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Centro Mercosur de Promoción de Estado de Derecho.
- VALIM, R. (2018).** “Estado de excepción. La forma jurídica del neoliberalismo”. En: *Derechos en acción*, vol. 7, N° 7.
- WAINFIELD, M. (24 de enero de 2010)** “El Fondo, las formas, los jugadores”. En: *Página/12*. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-138978-2010-01-24.html>
- WEBER, M. (1958).** *Ensayos sobre la metodología sociológica*. Buenos Aires: Amorrortu.
- **(1987).** *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ZANNINI, C. A. (2020).** “Por qué no deberíamos hablar de ‘lawfare’”. En: *Derechos en acción*, vol. 16, N° 16. DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e419>