



# Cultura de la Legalidad en Iberoamérica: Desafíos y Experiencias

Isabel Wences,  
Rosa Conde y  
Adrián Bonilla (Eds.)



## **FLACSO Secretaría General**

Adrián Bonilla Soria, Secretario General FLACSO

### **Editores:**

Isabel Wences,  
Rosa Conde y  
Adrián Bonilla

344.09

C967c

Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias / Isabel Wences Edit. ; Rosa Conde, Edit. ; Adrián Bonilla, Edit. – 1ª. ed. – San José, C.R. : FLACSO, 2014.  
314 p. ; 21 x 15 cm.

ISBN 978-9977-68-274-7

1. Iberoamérica – Legislación cultural. 2. Cultura y política – Iberoamérica.  
3. Cultura – Principio de legalidad – Iberoamérica. I. Wences, Isabel Edit. II. Conde, Rosa Edit. III. Bonilla, Adrián Edit. III. Título.

### **Créditos**

#### **Corrección de estilo:**

Alfonso Gamó

Impreso en San José, Costa Rica

por Perspectiva Digital S.A.

Junio 2014

Las opiniones que se presentan en este trabajo, así como los análisis e interpretaciones que en él contienen, son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de FLACSO ni de las instituciones a las cuales se encuentran vinculados.

## ÍNDICE

### CULTURA DE LA LEGALIDAD EN IBEROAMÉRICA: DESAFÍOS Y EXPERIENCIAS

#### INTRODUCCIÓN

Isabel Wences y Rosa Conde ..... 5

#### PRIMERA PARTE CULTURA DE LA LEGALIDAD: DILEMAS TEÓRICOS Y DESAFÍOS EN SU CONSTRUCCIÓN

#### **Cultura de la legalidad: proyecto y movimiento**

Isabel Wences y José María Sauca ..... 17

#### **La “cultura de la legalidad” como discurso académico y como práctica política. Un reporte desde América Latina**

Diego López Medina..... 47

#### **Estado de Derecho, cultura de la legalidad, y buena gobernanza**

Manuel Villoria y Fernando Jiménez ..... 83

#### **Cultura de la legalidad y buena justicia**

José Juan Toharia..... 119

#### **La responsabilidad social de los medios: un nuevo contrato por el derecho a la información**

Javier Redondo..... 137

**SEGUNDA PARTE**  
**ESCENARIOS Y EXPERIENCIAS**  
**SOBRE CULTURA DE LA LEGALIDAD**

<b>Cultura de la legalidad y desigualdad social.</b> <b>Consideraciones sobre el caso español</b>	
María Luz Morán .....	163
<b>Cultura de la legalidad y confianza política en España</b>	
Francisco Llera.....	195
<b>Instituciones informales: discusión conceptual y</b> <b>evidencia empírica en el caso ecuatoriano</b>	
Santiago Basabe-Serrano .....	219
<b>Pluralismo jurídico y cultura de la interlegalidad.</b> <b>El caso del derecho indígena en México</b>	
Anna Margherita Russo.....	241
<b>Acción estratégica y cultura de la informalidad:</b> <b>la reforma judicial en Argentina</b>	
Mariana Llanos .....	277
<b>CONCLUSIONES</b>	
<b>La cultura de la legalidad:</b> <b>una agenda de investigación posible</b>	
Adrián Bonilla .....	297

# ACCIÓN ESTRATÉGICA Y CULTURA DE LA INFORMALIDAD: LA REFORMA JUDICIAL EN ARGENTINA

*Mariana Llanos*

## 1. Introducción

El 29 de octubre de 2013, apenas cuarenta y ocho horas de concluido el proceso electoral de renovación de cargos parlamentarios, la Corte Suprema de Justicia argentina emitió sentencia sobre la Ley de Servicios Audiovisuales (más conocida como Ley de Medios), poniendo fin a un extenso litigio que enfrentara al Gobierno nacional con el Diario *Clarín* y se extendiera por casi cuatro años desde la sanción de dicha ley. Este importante fallo de la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de los cuatro artículos que el Grupo Clarín había impugnado, y el Gobierno, que acababa de perder la contienda electoral, salió a las calles a festejar el triunfo obtenido. Para algunos, el *timing* de este fallo fue inoportuno porque desplazó rápidamente a las elecciones del centro de la escena y dio al Gobierno la victoria que no se había traducido en las urnas. Para otros, lo que resultó cuestionable fue el *modo* en que la decisión se adoptó: si bien la Corte Suprema siguió con su práctica de audiencias públicas e invitó a ambas partes, peritos y ONGs como paso previo a la elaboración de su decisión, trascendieron también las comunicaciones informales que la Corte habría tenido con el Poder Ejecutivo. Estos contactos informales entre el Gobierno y la Corte Suprema ocuparon un lugar importante en la escena pública desde abril de 2013 cuando el Poder Ejecutivo colocara de manera prioritaria en su agenda a la cuestión de la reforma judicial, la cual fue aprobada en un rápido trámite parlamentario pero acabó perdiéndose a los pocos meses en el terreno judicial.

Este capítulo estudia las relaciones entre estos dos poderes del Estado a través de un micro-análisis del proceso político que comenzó con el tratamiento y la aprobación parlamentaria de la reforma judicial, siguió con la judicialización de tal reforma (particularmente de la ley de reforma del Consejo de la Magistratura), y culminó en octubre de 2013 con el fallo de la Corte Suprema sobre la ley de medios. El propósito de este estudio no es analizarlas decisiones de la Corte en

sí (dicho de manera simplificada, una en contra y otra a favor del Gobierno), sino el modo en que la Corte desarrolló sus relaciones con el poder político en el proceso de elaboración de esas decisiones. Destacamos que el comportamiento de la Corte (manifestado a través de su presidencia) se caracterizó por la comunicación informal y el manejo táctico de los tiempos. Recurriendo a elementos de la teoría del comportamiento estratégico (Epstein y Knight, 1998), explicamos tal comportamiento subrayando que los jueces persiguen varios objetivos con sus decisiones, incluyen en sus decisiones la percepción que poseen de las preferencias de los otros actores relevantes y actúan en un determinado contexto de reglas institucionales. En cuanto a esto último, se sostiene que solo tomando en cuenta la prevalencia de ciertas prácticas informales, con sustento en características de la cultura interna de la legalidad (Friedman y Pérez-Perdomo 2003), podemos entender el modo en que la Corte Suprema navegó estratégicamente a lo largo de estos meses. A su vez, el uso renovado de esas viejas prácticas informales por parte de los actores generadores de normas mostró la falta de imbricación entre las normas formales existentes y el contexto social y político sobre el que las mismas actúan (Villoria Mendieta, 2010: 51).

El capítulo se divide en seis secciones. A continuación se explican los postulados principales de la teoría de acción estratégica, cómo los mismos han sido aplicados al caso argentino y cuál es su relevancia para la comprensión del caso de estudio. La tercera sección describe los antecedentes a tener en cuenta para comprender el micro-análisis de la reforma judicial, es decir, el contexto político y los actores relevantes cuyas preferencias influyen en el comportamiento de los jueces. La cuarta sección se ocupa del proceso de aprobación de la reforma judicial en el Congreso y su posterior e inmediata judicialización. En la quinta sección se detallan los movimientos o modos de acción de la Corte Suprema argentina para obtener sus objetivos en torno de la reforma judicial. Enseguida se conectan los modos observados con la cultura de informalidad prevaleciente en las relaciones entre el poder político y el poder judicial en general. La última sección reflexiona sobre las consecuencias del comportamiento de la Corte.

## 2. Elementos de la teoría del comportamiento estratégico y su aplicación en Argentina

En contraste con los enfoques legalistas que sostienen que los jueces deciden apolíticamente, basados solamente en la jurisprudencia, la ciencia política desarrolló dos enfoques adicionales para comprender cómo los jueces toman sus decisiones. Por un lado, la teoría actitudinal, cuyo postulado afirma que los jueces persiguen como objetivo la aprobación de sus preferencias y votan de acuerdo con sus preferencias ideológicas sinceras<sup>160</sup>. Por otro lado, la teoría estratégica, según la cual los jueces persiguen objetivos más amplios que sus preferencias valorativas porque actúan en un contexto institucional inter-dependiente y, por lo tanto, sus decisiones dependen también de las expectativas que tienen de las decisiones de otros actores. La teoría estratégica enfatiza la posibilidad de un conflicto inter-temporal de poderes provocado por los diferentes mandatos de los jueces y poderes electos: cuando los gobiernos cambian, jueces nombrados por cortes anteriores se pueden ver en la situación de decidir frente a mayorías o composiciones distintas del poder político. El análisis estratégico de estas situaciones muestra cómo los jueces ajustan sus votos comprometiendo en parte sus preferencias para poder votar a favor del Gobierno en el poder (fallos complejos en los que un voto a favor permite al juez alcanzar al mismo tiempo otros objetivos que le interesan).

Según sus propios creadores, cuatro elementos distinguen a los modelos de análisis estratégico de los enfoques basados en las preferencias ideológicas o partidarias (Epstein y Knight, 2013). Primero, el análisis no se limita a explicar cómo votaron los jueces sino a observar las muchas formas en que las preferencias de los otros actores relevantes se manifiestan en el comportamiento de los jueces (Epstein et al., 2003). Segundo, mientras que para el modelo actitudinal el objetivo de los jueces solo tiene que ver con llevar a la práctica sus preferencias políticas o ideológicas, los objetivos son varios desde el punto de vista estratégico y deben ser definidos o identificados por el investigador. Tercero, para el modelo estratégico la decisión de un juez de actuar

---

160 “(...) por qué al momento de interpretar las mismas provisiones legales varios jueces arriban consistentemente a distintas conclusiones? (...) detrás de la cortina de humo de los precedentes se esconden los valores de los jueces” (Epstein et al., 2003: 787). La ciencia política ha medido de diversas maneras las preferencias de los jueces, como ideología, afiliación partidaria o preferencias de políticas públicas (*policy*).

sinceramente o de una manera sofisticada (o sea, no atendiendo a sus preferencias ideológicas) depende de las preferencias de los demás actores relevantes y su posible reacción (principalmente, sus pares en la Corte, el Gobierno y la opinión pública). Cuarto, los jueces actúan en un complejo contexto institucional regulado por un amplio conjunto de reglas que estructura sus relaciones con sus pares y con los otros actores.

Aplicada al caso argentino, sobre todo al desempeño de la Corte Suprema en los años 80 y 90, la teoría estratégica cambió los presupuestos básicos en torno del conflicto inter-temporal trasladándolo al futuro. Según Helmke (2002; 2005), el marco institucional establece que los jueces no sienten tanto la presión del Gobierno actual como en el sentido estratégico clásico, sino por parte de Gobiernos futuros. El modelo está basado en el impacto que tiene sobre el comportamiento de los jueces un marco institucional caracterizado por la falta de protecciones institucionales para la permanencia en el cargo. Históricamente, Argentina ha sido uno de los países con más inestabilidad institucional de América Latina y con un alto grado de control del Poder Ejecutivo sobre la composición de la Corte Suprema<sup>161</sup>. Como explica la teoría, frente a la inseguridad de perder su puesto con un cambio de Gobierno, los jueces votan en contra del Gobierno que los designó, o desertan estratégicamente del Gobierno con el que comparten sus preferencias.

Si bien la deserción estratégica es un comportamiento que sólo tiene lugar frente a ciertas condiciones y en los últimos meses del mandato presidencial, la teoría estratégica –tanto en su concepción clásica como adaptada en su aplicación al caso argentino–, nos muestra varios elementos a tener en cuenta para el análisis que nos ocupa.

---

161 Se considera al primer gobierno de Juan Domingo Perón (1946-52), que impulsara el juicio político a varios de sus miembros, un punto de inflexión en cuanto a los ataques a la estabilidad de la Corte Suprema y sus miembros. El efecto de largo plazo de esos juicios políticos fue introducir una institución informal que dio a los líderes que arribaban a la Presidencia la prerrogativa de decidir si retenían o removían los jueces de la Corte (Helmke, 2005: 65). Esa institución informal se extendió hasta al período democrático inaugurado con la transición a la democracia en 1983. Por cierto, entre 1983 y 2006, pueden observarse 21 cambios de jueces de la Corte, todos con gran resonancia pública por su alto contenido político (Alfonsín 6, Menem 10, Duhalde 1, Kirchner 4). Fernando de la Rúa fue el único presidente del período que en sus dos años de gobierno no propuso cambios en la Corte. La mayor parte de estos nombramientos tuvieron un contenido político, ya que solo unos pocos de los jueces que se retiraron de sus puestos lo hicieron por causas naturales o motivaciones personales (Llanos y Figueroa Schibber, 2008).



Primero, que los *objetivos* de los jueces son más complejos que hacer compatibilizar sus decisiones con los precedentes o con su ideología. Segundo, que es indudable a partir de la historia institucional argentina que un *actor central*, cuya reacción es crucial para los objetivos que vaya a asumir la Corte, es el Poder Ejecutivo. Tercero, que los jueces actúan en un *contexto institucional* de gran complejidad, en el que prevalecen reglas y prácticas que pueden ir más allá de lo que indican las normas formales. Finalmente, que el investigador define y analiza el comportamiento de los jueces a partir de estos elementos, el cual puede incluir el análisis de otras acciones además del de los votos de la Corte. Nos ocuparemos del comportamiento de la Corte Suprema argentina en las próximas secciones a través del estudio de caso de la reforma judicial propuesta por el Poder Ejecutivo en abril de 2013.

### **3. Antecedentes: actores relevantes y contexto político**

En su conformación actual, la Corte Suprema argentina está compuesta por siete jueces, cuatro de los cuales fueron nombrados por Néstor Kirchner, antecesor (y esposo) de la actual presidenta, Cristina Fernández de Kirchner, un quinto nombrado durante la presidencia de Eduardo Duhalde, y los últimos dos que se encuentran en sus puestos desde la transición a la democracia en 1983. Los nuevos jueces de Kirchner fueron designados luego de haber promovido el juicio político a cinco miembros de la “mayoría automática” que había sido nombrada por el presidente Carlos Menem a principios de los años 90 y que, con un accionar sumamente cuestionado, había acompañado a ese presidente en decisiones cruciales para su programa de gobierno, al menos hasta finales de su segundo mandato (Helmke, 2003). El descrédito de esa Corte fue enorme por su cercanía al poder. Hacia finales de aquella década, la Corte menemista atravesó una profunda crisis de legitimidad y, en torno de la severa crisis social y política que estalló a fines de 2001, se convirtió en una de las instituciones más cuestionadas, blanco de escraches y manifestaciones públicas (Ruibal, 2009). La crisis de legitimidad pavimentó el camino para un nuevo cambio en su composición con la llegada de Néstor Kirchner a la Presidencia de la Nación. Sin embargo, la Corte que surgiera con Kirchner fue bastante distinta de la que la precedió. Los nombramientos se hicieron bajo nuevas reglas de transparencia que aumentaron la participación de la sociedad civil y culminaron en la selección de juristas de gran trayectoria y prestigio. La Corte

resultante se ha señalado como producto de las circunstancias críticas posteriores a la crisis de 2001, caracterizadas por el descrédito de la Corte saliente, la vulnerabilidad del contexto institucional y las necesidades políticas de presidente Kirchner que resultara electo en 2003 con sólo el 22 por ciento de los votos: “no lo hizo (Kirchner) por convicción si no por pura necesidad y cálculo. En el mediano plazo una Corte con legitimidad se empezó a transformar en un problema (...)” (entrevista con legislador, Buenos Aires, 6-05-13).

En el mediano plazo Kirchner logró una concentración de poder político que no hubiera sido creíble en 2003. El éxito de su liderazgo ejecutivo hizo posible que su esposa Fernández de Kirchner resultara electa presidenta en 2007 y fuera reelegida en 2011. Durante todos esos años el Poder Ejecutivo fue acompañado de un férreo control parlamentario. Con la reconstrucción del poder presidencial, y un estilo de conducción del Gobierno poco propenso al diálogo y los compromisos, las Presidencias Kirchner encontraron que debían convivir con una Corte que ellos habían designado en su mayoría, pero que contaría con legitimidad propia. En efecto, paralelamente a la consolidación del poder presidencial, la Corte se embarcó en la recuperación de su propia legitimidad y reputación, con un estilo de decisión innovador y sentencias de gran relevancia para la expansión de los derechos individuales y los derechos colectivos sociales, pero también con un plan de reformas que apuntaron, por un lado, a mejorar su comunicación hacia afuera, dando transparencia y publicidad a sus actos, y por otro, a la reconstrucción de vínculos al interior del poder judicial<sup>162</sup>. Estas estrategias “la han ayudado a navegar mejor en algunas etapas más conflictivas o tormentosas con el poder político” (entrevista con legislador, Buenos Aires, 6-05-13).

Luego de una larga historia de inestabilidad política, y de pérdida de legitimidad debido a su propia actuación durante los años noventa y

---

<sup>162</sup> El primer punto sobre transparencia fue una demanda social luego de manejos oscuros de la Corte menemista en relación al poder político. Entre las medidas tomadas pueden citarse la creación del Centro de Información Judicial, la implementación de un régimen de audiencias públicas con las partes, la regulación de los *amicus curiae*, la creación de la oficina de violencia doméstica. En cuanto a lo segundo, la Corte trabajó mucho en capacitación judicial, instauró un congreso anual de jueces y se crearon vínculos con las cortes provinciales y las asociaciones de jueces. “La Corte Suprema se ha esforzado en colocarse como cabeza del Poder Judicial para aumentar el poder material y efectivo del poder judicial frente a los otros poderes del Estado, y a los otros poderes económicos de la sociedad. El mensaje a los jueces inferiores es que la Corte los respalda; hay una pretensión de reforzar esos lazos para consolidar a la justicia como un poder real” (entrevista con juez de primera instancia, Buenos Aires, 13-05-13).

en la crisis de 2001, es improbable que el accionar de la Corte no tenga en cuenta las preferencias de los otros actores relevantes del contexto, principalmente, el Poder Ejecutivo y la opinión pública. Al decir de un respetado académico, “En esta época, los jueces operan a partir de la memoria (...), en la memoria cercana está el tremendo desprestigio de la Corte menemista y las protestas frente a las casas de los jueces, lo que implica (para el juez) estar muy atento a la recepción del fallo y a no recibir *retaliation*, venganza de los poderes políticos. Por un lado, no generar enemistades sociales y por otro, castigo del poder político. Eso ha convertido a todos, pero sobretodo a Lorenzetti (el presidente de la Corte), en un gran equilibrista, un gran negociador” (entrevista, Buenos Aires, 2-05-13).

#### 4. El Poder Ejecutivo y la reforma judicial

A comienzos del mes de abril de 2013, la presidenta Cristina Fernández de Kirchner envió seis proyectos de reforma judicial al Congreso con el objetivo de llevar adelante lo que desde el gobierno se denominó la “democratización del poder judicial”, pero que muchos consideraron “el mayor retroceso desde la restauración democrática” (por ejemplo, Gil Lavedra, diario *El País*, 25-04-13). Tres de esos proyectos no motivaron mayores objeciones, aunque se mencionó que no eran demasiado innovadores porque la justicia ya había avanzado en su puesta en práctica (incluían los temas del ingreso igualitario de personal al poder judicial, la publicidad de las declaraciones juradas patrimoniales de los jueces y la publicidad de las decisiones judiciales). Los otros tres proyectos, en cambio, concentraron la atención y preocupación generales: la creación de nuevas cámaras de casación, la modificación de las medidas cautelares y los cambios en las formas de designación de los miembros del Consejo de la Magistratura<sup>163</sup>.

De los últimos dos, se observó enseguida que se enfrentaban a inconstitucionalidades graves y que era difícil no entrever una intencionalidad política detrás de los mismos (por ejemplo, Roberto Gargarella, *La Nación*, 11-04-13)<sup>164</sup>. Por un lado, las medidas

---

163 Los proyectos no fueron planeados y diseñados de manera orgánica: aparentemente solo unas pocas figuras cercanas a la presidenta participaron en su redacción. La Corte Suprema no fue consultada sobre los contenidos de esos proyectos, lo cual tensó las relaciones con el Poder Ejecutivo (entrevista con juez de la Corte Suprema, 6-05-13)

164 Con respecto a la creación de tres nuevas cámaras de casación, los argumentos a favor enfatizaban la conveniencia de reducir el número de causas que deben ser resueltas por la Corte Suprema de Justicia y de acelerar los procesos al descargar el debate sobre la

cautelares, decisiones judiciales que detienen el efecto de las decisiones cuestionadas hasta que concluya el juicio en curso, habían sido motivo de irritación para el poder político en varias oportunidades y conducido a críticas y enfrentamientos con distintas instancias del poder judicial<sup>165</sup>. Sin embargo, tales medidas fueron pensadas como forma de protección de los ciudadanos más débiles frente al Estado y un intento de regulación o limitación en este contexto implicaba el riesgo de una pérdida de derechos para la ciudadanía.

Por otra parte, los cambios propuestos al Consejo de la Magistratura también parecían conectados a los reveses sufridos por el Gobierno en instancias inferiores de la justicia donde, por el sistema difuso de control de constitucionalidad, la suerte del Poder Ejecutivo cuando se judicializan temas que le interesan naturalmente corre riesgos. La estrategia del Poder Ejecutivo fue apuntar al sistema de selección y remoción de jueces presentando al Congreso un controvertido proyecto de reforma de la composición del Consejo de la Magistratura. En Argentina, el Consejo tiene facultades para nombrar, destituir y disciplinar a jueces de instancias inferiores a la Corte Suprema y, según la Constitución Nacional, su integración debe procurar “el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultante de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal”, además de integrar a otras personas del ámbito académico y científico según estipule la ley (Constitución Nacional, Artículo 114). Concretamente, el proyecto proponía: ampliar la cantidad de miembros del Consejo de 13 a 19 con la incorporación de un representante más por los abogados y cinco más por el ámbito académico o científico; elegir a los representantes del ámbito académico o científico, de los jueces y de los abogados a través del voto popular en simultáneo con las elecciones nacionales; reducir las mayorías especiales para la toma de decisiones; otorgar al Consejo la administración del Poder Judicial (hasta ahora en manos de la Corte Suprema)<sup>166</sup>. Un punto importante es que se postulaba que

---

interpretación de las leyes en las instancias inferiores. Sin embargo, sus críticos reclamaron que nuevas cámaras implicaban nuevos obstáculos en los reclamos por derechos y más dilación burocrática que agilización de los procesos judiciales.

165 Algunas cautelares que irritaron al poder político fueron la que interpuso el diario *Clarín* para bloquear la aplicación de ciertos artículos de la ley de medios o la que frenó la confiscación del predio de Palermo de la Sociedad Rural.

166 El mencionado artículo 114 de la Constitución Nacional también dispone que corresponde al Consejo de la Magistratura “administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.” Sin embargo, esta disposición nunca se implementó y la administración del presupuesto la maneja la Corte Suprema.

la elección de los nuevos miembros del Consejo iba a ser por una lista de precandidatos propuestos por partidos políticos que se definiría en las elecciones primarias de agosto de 2013.

El contenido de esta ley (aunque también el de las otras, particularmente la de cautelares) junto al modo en que el Poder Ejecutivo propició su tratamiento (con urgencia y negándose a admitir modificaciones en el trámite legislativo) generaron muchas voces disidentes. En el Congreso, donde el Gobierno contaba con mayoría propia en ambas cámaras, al Gobierno no le sobraban los votos frente al malestar existente, particularmente en la Cámara de Diputados (*Perfil*, 22-04-13) y para el tratamiento de la ley de reforma del Consejo que se aprueba por mayoría especial (Artículo 114, Constitución Nacional). En el Poder Judicial, el malestar era extendido y las asociaciones de magistrados y abogados emitieron pronunciamientos en contra<sup>167</sup>. La Corte Suprema, por su parte, se negó desde el principio a pronunciarse públicamente sobre los proyectos (*La Nación* 9-04-13), haciendo alusión a que es su obligación constitucional no manifestarse sobre temas que están en tratamiento en el Congreso o que pueden ser materia juzicable. Asimismo, el 18 de abril tuvo lugar una manifestación pública (*cacerolazo 18 A*), la tercera en el lapso de un año, convocada en las redes sociales para protestar contra del gobierno y donde los reclamos por la reforma a la justicia también se hicieron sentir (*La Nación*, 18-04-13)<sup>168</sup>.

A pesar de los múltiples frentes críticos, el Gobierno consiguió aprobar los proyectos en un trámite veloz, logrando el acompañamiento disciplinado de sus bloques y aliados. Esta victoria parlamentaria, no obstante, no impidió el fracaso rotundo del Gobierno con su plan de reformar el poder judicial<sup>169</sup>. Primero, la Corte Suprema no perdió el control de la administración y presupuesto del Poder Judicial, como originalmente proponía uno de esos proyectos. Segundo, el 18 de junio de 2013, la Corte Suprema, con el voto de seis de sus siete miembros, declaró inconstitucional la reforma del Consejo de la Magistratura.

---

167 Aparentemente solo el sector "Justicia Legítima" acompañaba las propuestas (ver, por ejemplo, *La Nación* 9-04-13).

168 Asimismo, una serie de ONGs argentinas dedicadas a los estudios institucionales y de transparencia de gobierno lanzaron la campaña "Así No" que intentó frenar la sanción de tres de los proyectos de reforma judicial que ya habían recibido media sanción en el Senado, alentando a la ciudadanía a que comunique a sus diputados la opción de no dar quórum y solicitarles que voten en contra a los proyectos (Bertino, 2013).

169 Solo la creación de las cámaras de casación quedó en pie, mientras que el futuro del proyecto sobre cautelares no estaba aun definido al momento de escribir. Los otros cuatro proyectos no prosperaron.

Tercero, el 21 de agosto de 2013 la Corte resolvió por unanimidad en tres acordadas (decisiones administrativas) la inaplicabilidad de otras tres leyes que formaban parte del paquete de la reforma judicial<sup>170</sup>. En relación a estas últimas decisiones, La Nación publicaría que el gobierno asistió con resignación al fracaso de su reforma sin siquiera reaccionar (*La Nación*, 26-08-13). ¿Cómo logró la Corte Suprema frenar el intento de avance más contundente del poder político sobre la rama judicial, y eso sin enfrentar mayores represalias?<sup>171</sup>

## 5. La acción estratégica de la Corte

Siendo la Corte Suprema nombrada mayoritariamente por el gobierno, su oposición a la reforma judicial no expresa un conflicto intertemporal de intereses; tampoco se parece su actitud a una deserción estratégica, al decir de Gretchen Helmke. El temor o la inseguridad por la estabilidad en sus puestos no formó parte de los objetivos de los jueces al emitir su voto, aunque sí se temió que ese sería el resultado para jueces inferiores de aprobarse la reforma de la ley del Consejo de la Magistratura. Sin embargo, la acción estratégica estuvo presente de diversas maneras en el comportamiento de la Corte Suprema. En cuanto a sus objetivos, en su fallo del 18 de junio de 2013, la Corte declaró la defensa de la supremacía de la Constitución y, por cierto, de la independencia del Poder Judicial garantizada por la misma. La independencia judicial fundamentó también las decisiones subsiguientes que dieron de baja a las otras leyes que componían la reforma. Un objetivo adicional, no declarado abiertamente, fue la defensa de su status como cabeza del Poder Judicial, lo cual también fuera desafiado por el proyecto de reforma al Consejo de la Magistratura al proponerla devolución de la administración a dicho consejo. La

170 En relación a la ley que establecía el carácter público de las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios públicos, la Corte la consideró “consistente con los principios de transparencia” pero declaró la “inaplicabilidad” del artículo 6 que depositaba en la Oficina Anticorrupción la aplicación de la norma, cuando ésta correspondía al mismo Poder Judicial. En relación a la ley 26.861 referida a los concursos públicos para el ingreso a cargos letrados y de empleados de maestranza, estableció que la Corte Suprema “como autoridad de aplicación” de la ley 26.861 “sancionará la reglamentación del procedimiento de concursos previstos para el ingreso al Poder Judicial”. Finalmente, respecto a la ley 26.856, que había dispuesto la publicación en un diario judicial gratuito de todos los fallos judiciales, el máximo tribunal consideró que los objetivos centrales de la norma “se encuentran ya cumplidos” e invocó la acordada 14/2013 del mismo tribunal que estableció la obligación de publicación de sentencias a través del Sistema Informático de Gestión Judicial. Las acordadas fueron firmadas por los siete jueces supremos.

171 Por cierto, no es que el Gobierno aceptó tan mansamente la derrota judicial: la presidenta F. de Kirchner reaccionó con ataques verbales a los magistrados; al presidente de la Corte se le comenzó a investigar en la oficina impositiva; y el juez Maqueda fue víctima de un escrache de “La Cámpora”, la agrupación juvenil cercana a la presidenta.

Corte también fue exitosa en este objetivo, según veremos más abajo. El cumplimiento de sus objetivos implicaba frenar los proyectos del Poder Ejecutivo y, para ello, contaba con algunos recursos ya mencionados: su propia legitimidad y el apoyo manifiesto de la opinión pública y del Poder Judicial. El modo que la Corte (en particular su presidencia) optó para oponerse al Ejecutivo no se caracterizó por la confrontación abierta ante una amenaza tan contundente. En un sentido estratégico, la Corte se opuso sin confrontar, apostando por la negociación informal y al manejo de los tiempos.

*Comunicaciones informales:* en dos ocasiones durante el período que nos ocupa los contactos informales mantenidos entre la Corte (a través de su presidente y vicepresidenta) y la Presidencia de la Nación trascendieron a la escena pública. La primera fue cuando el proyecto de reforma del Consejo de la Magistratura, que había sido aprobado en el Senado, se encontraba en tratamiento en comisión en la Cámara de Diputados. La prensa dio a conocer que la presidencia de la Corte había “hecho llegar” a la presidenta de la República una carta firmada por el presidente de la Junta de presidentes de las Cámaras Nacionales y Federales del país, Gustavo Hornos, donde los camaristas manifestaban su preocupación por las reformas legislativas propuestas. En dicha carta, que también fuera presentada ante la Cámara de Diputados (*Página 12*, 24-04-13), los camaristas reconocían a la Corte Suprema como autoridad máxima del Poder Judicial y expresaban su coincidencia con las políticas de modernización y eficiencia que estaban siendo aplicadas por esta. Al mismo tiempo, manifestaban su preocupación en cuanto la reforma propuesta por el Poder Ejecutivo disponía el traspaso de las facultades presupuestarias y técnico-administrativas de la Corte al ámbito del Consejo de la Magistratura, argumentando que dicho ámbito “posee una estructura típicamente parlamentaria alejada de la agilidad y celeridad”, por lo que, de concretarse la reforma, “se produciría una paralización del Poder Judicial” (*La Nación*, 23-04-13). Ese mismo día, la presidenta F. de Kirchner convocó a un grupo de legisladores y a sus colaboradores del Ministerio de Justicia, quienes luego de la reunión informaron que los cambios propuestos en esa carta serían admitidos, quedando demostrado que el gobierno “no es ni sordo, ni autista” (*Perfil*, 23-04-13).

La admisión de las modificaciones ayudó a destrabar resistencias

al interior del bloque kirchnerista y la ley de reforma del Consejo de la Magistratura fue aprobada al día siguiente. Sin embargo, la oposición condenó la reforma aprobada. En su versión más extrema, representada por la diputada Elisa Carrió, la crítica denunció un pacto espúreo en el que la Corte habría entregado la independencia del poder judicial a cambio de seguir manteniendo el control del presupuesto (ver por ejemplo, *Perfil*, 23-04-13). La denuncia se fundaba en que la carta que había mandado el presidente de la Corte al gobierno y al Congreso no era la misma que habían autorizado los camaristas, donde el pedido de modificaciones a la ley era más amplio. “Me dicen presidentes de cámaras federales que le falta un párrafo, que no es lo que firmaron originalmente. (...) Solo habla de la caja.” (Elisa Carrió, *Infobae*, 24-04-13). Lorenzetti y Hornos habrían alterado los términos del pedido original de la Junta de Camaristas para salvar el control de los recursos en manos de la Corte. La razón detrás de esta maniobra habría sido que, si el tema se aprobaba por ley, La Corte no podría ejercer el control de constitucionalidad porque el artículo 114 de la Constitución estipula claramente que es el Consejo el organismo a cargo de dicha administración (entrevista con periodista, Buenos Aires, 13-05-13). Si algo muestra este episodio es el rédito que obtuvo la Corte de su construcción de legitimidad al interior del Poder Judicial. Sin embargo, la crítica pública a Lorenzetti por esta maniobra fue tal que toda la Corte tuvo que salir a apoyarlo en una comunicación pública (*Clarín*, 24-04-13).

La segunda ocasión en que trascendieron los contactos informales fue unos meses después, previamente a que se diera a conocer el fallo sobre la constitucionalidad de la ley de medios. En varias oportunidades, la prensa denunció contactos entre el secretario legal y técnico de la Presidencia de la Nación y el presidente de la Corte, e incluso un llamado de la presidenta F. de Kirchner a la jueza Highton, aunque "en estos casos no puede decirse que hubo presiones indebidas, sino *alegato de oreja*, como suele decirse en ámbitos judiciales. Porque el Gobierno es parte afectada" (*La Nación* 10-10-13; 30-10-13)<sup>172</sup>. Tales contactos habrían tenido lugar ya antes de las elecciones primarias de agosto y explicarían el *timing* o la urgencia de un fallo emitido apenas dos días después de las elecciones legislativas de octubre (*Clarín*, 30-10-13).

---

172 Nos ocuparemos del “alegato de oreja” en la próxima sección.



Por cierto, también se reavivó la denuncia de compensaciones, o de un pacto, entre el poder ejecutivo y el presidente de la Corte, que habrían sido el motivo de tales contactos (*Perfil*, 29-10-13). Lorenzetti admitió en una polémica entrevista al diario Perfil que los contactos informales con Presidencia existían, que incluso él habría solicitado audiencia para destrabar el *impasse* en que los había dejado en su momento la reforma judicial (*Perfil*, 3-11-13). Las repercusiones de esta entrevista fueron tales que Lorenzetti solicitó rectificación al diario para aclarar que los contactos existían para “discutir temas institucionales” y que no se había hablado de la ley de medios (*La Nación*, 5-11-13). No obstante, no pudo evitar las amenazas de juicio político por parte de la oposición (*Clarín*, 30-10-13). Una vez más, la Corte en su conjunto debió difundir una declaración de apoyo a su presidente ratificando que: “la elaboración de las sentencias y las deliberaciones internas de este Tribunal se ajustan estrictamente a los procedimientos legales establecidos al efecto, y su contenido es el resultado de la interpretación de las leyes y la Constitución Nacional que a él le compete. Que las reuniones entre representantes de poderes del Estado forman parte de la actividad normal de la República, y no tienen por objeto la discusión de las soluciones a adoptar por el Tribunal en las causas sometidas a su jurisdicción” (*La Nación*, 6-11-13).

*El manejo de los tiempos:* no sabemos si los contactos informales que existieron fueron para discutir los contenidos del fallo sobre la ley de medios, lo que sí podemos observar es que la Corte Suprema emitió ese fallo una vez que había frenado judicialmente los temas más importantes de la reforma judicial y apenas concluidas las elecciones legislativas de octubre de 2013. Quizás la espera del fallo sobre la ley de medios, un tema crucial para el Poder Ejecutivo, es lo que explica la doble reacción que mostrara ese poder en el mes de agosto: la pasividad frente al fracaso de la reforma judicial y, en paralelo, la ansiedad porque la Corte se pronunciara sobre la ley de medios, como sugieren los contactos telefónicos. En ese lapso, la Corte también prestaba atención a las expectativas de otros actores. En su interior no habría habido acuerdo para sacar el fallo sobre medios antes de las elecciones legislativas de octubre, a pesar de que aparentemente estaba listo y dictaminar pronto era la voluntad de algunos de sus miembros (*Página 12*, 3-11-13). Se fijó entonces una fecha poselectoral

porque “no acostumbramos a sacar fallos de trascendencia durante una campaña electoral” (juez Zaffaroni a *Página 12*, 30-10-13). En suma, el fallo fue postergado atendiendo a las posibles reacciones públicas en época electoral, pero la fecha escogida, dos días después de las elecciones, solo pareció atender a las urgencias del Poder Ejecutivo. Se puede sostener que el fallo (con una mayoría de cuatro sobre siete) se apoya en la jurisprudencia de esta Corte, lo cual disminuye las versiones sobre un “pacto” con el Gobierno (aunque por cierto existe debate entre los constitucionalistas)<sup>173</sup>. Sin embargo, no puede decirse lo mismo del *timing* con que se lo emitió. La proximidad al día electoral de una decisión favorable al Gobierno generó dudas y sospechas, puso en entredicho la sinceridad de los votos y motivó las denuncias mencionadas con anterioridad.

El microanálisis de este proceso de reforma judicial nos mostró el comportamiento de la Corte Suprema frente al Poder Ejecutivo y otros actores relevantes del contexto político en torno del proyecto de reforma del poder judicial. La Corte actuó teniendo en cuenta los intereses y la posible reacción de esos actores; defendió la independencia del Poder Judicial y, con ello, la Constitución, pero también su status como cabeza de ese poder con la credibilidad de haber construido previamente una relación con las instancias inferiores. Indudablemente, sea con el manejo de los tiempos o con el fallo sobre medios, la Corte también atendió a las preferencias del Poder Ejecutivo.

## 6. Cultura de la informalidad

Sin intentar disminuir los valiosos pasos que dio la Corte Suprema de Argentina en pos de la publicidad y la transparencia de sus actos –como se comentara en la Sección 3–, las maniobras estratégicas en torno de la reforma judicial dejaron en evidencia los límites de esa política de transparencia en lo que concierne a sus relaciones con el

<sup>173</sup> En un análisis que consta de muchas aristas que no podemos abordar aquí, puede señalarse por ejemplo, con Gargarella (2013), que la Corte apareció comprometida con la filosofía más apropiada para entender la libertad de expresión a la luz de una idea deliberativa de la democracia, sosteniendo un enfoque que no solo resulta compatible con muchos de sus dichos precedentes, sino que se muestra, a la vez, más innovador, más preciso y más rico que sus enfoques previos. Sin embargo, según también señala ese autor, a diferencia de lo que realizara en fallos anteriores (como “Rio Negro”), dos de los votos mayoritarios (Lorenzetti y Highton de Nolasco) no eligieron un nivel de “escrutinio estricto” para analizar la ley en cuestión, nivel que se aplica cuando el Gobierno de turno legisla sobre las reglas de juego básicas de la democracia (como sucedió con la reforma judicial). La elección de un nivel de análisis de “mera racionalidad”, como fue el caso, aumenta las chances de que la ley vaya a ser sostenida como constitucional.

Poder Ejecutivo. Una posible explicación para esos límites estaría en que las comunicaciones informales permiten aceitar las relaciones con el Gobierno porque los gobernantes conocen a los jueces que designan; serían un indicador de falta de independencia. Justamente, la falta de formalidad y transparencia en sus comunicaciones con el poder político formó parte de los aspectos más cuestionados de la Corte de Menem (Ruibal, 2009: 65). Con una Corte distinta, sin embargo, las prácticas informales prevalecen. La misma nos conecta con aspectos de la cultura interna de la legalidad en Argentina.

En una serie de entrevistas realizadas en Buenos Aires en mayo de 2013 (un total de 23 de ellos jueces o exjueces supremos, y 15 que incluían otros jueces, expertos académicos, periodistas, miembros de ONGs y periodistas) se les preguntó a los entrevistados: “Cómo caracterizaría usted la comunicación entre los jueces y los poderes electos?” Las respuestas de los jueces de la Corte Suprema resaltaron la comunicación formal o protocolar entre los poderes: algunos mencionaron el papel de la presidencia de la Corte (a través de su presidente y vicepresidenta) en ocuparse de esas relaciones, otros remarcaron que si las relaciones eran tensas o cordiales variaba con las circunstancias. Sin embargo, dos jueces lamentaron que faltaran contactos institucionalizados y opinaron que debería existir un diálogo inter-institucional. Las 15 entrevistas restantes difirieron de la opinión de estos jueces: 9 entrevistados contestaron que había una fluida comunicación informal, mientras que los 5 restantes no negaron que hubiera comunicación entre los poderes, pero prefirieron enfatizar que tal comunicación era lo esperable de un sistema de separación de poderes, de “colaboración e inter-dependencia indispensable para el buen gobierno” (entrevista con juez de cámara, 17-05-13). Cuando, avanzando con el cuestionario, se les preguntó a los entrevistados más concretamente si existían comunicaciones informales de la Corte Suprema con el poder político (como llamadas telefónicas), 18 de los entrevistados respondieron que sí había, y solo 3 que no (a los que se suma una respuesta no válida).

Sin embargo, las mismas entrevistas dejaron claro que la práctica de contactos informales excede a la Corte Suprema, y a las relaciones entre el poder político y la justicia, y se enmarcan en una cultura más general de cómo las partes se relacionan con el juez. Varias entrevistas pusieron el ejemplo de los abogados. “No creo que haya

una diferencia peculiar entre la presión del poder político y los jueces que la que hay entre los abogados en general y los jueces, que también mantienen relaciones informales.” (entrevista con académico, Buenos Aires, 3-05-13). “A veces los abogados, tienen esa costumbre porque te conozco paso a saludarte y tomamos un café y de paso te cuento que un amigo tiene un juicio...” (entrevista con juez supremo, 6-05-13). “El juzgado dicta una decisión y el abogado pide: “¿puedo ver al juez?” o “¿quién lleva la causa, lo puedo ver?”, y le dice, che pero cómo puede ser, dictaron esto” (entrevista con académico, 13-05-13). Esta aproximación informal a los jueces, de manera individual (sin la presencia de la otra parte), en Argentina se conoce como *alegato de oreja*, una expresión a la que se hizo referencia en la prensa cuando trascendió que el poder ejecutivo se había comunicado con algunos de los jueces por teléfono.

Bajo la prevalencia de esta cultura de la informalidad, la práctica de contactos informales con los jueces carece de sanciones. Entre las muchas medidas que la Corte Suprema adoptó al momento de conformarse para mejorar la imagen oscura que había dejado la Corte de Menem figuró la Acordada 7/04 donde se estableció que cuando los litigantes o profesionales soliciten audiencia con el juez, la misma tendrá lugar si consiguen la presencia de la otra parte. Casi diez años después, las entrevistas citadas en esta sección y la narración sobre las relaciones Corte-Ejecutivo en torno de la reforma judicial muestran que existe una brecha entre la norma formal y la práctica informal que la precediera y aquella norma intentó modificar. Tampoco se han desarrollado sanciones para este comportamiento: “No hay ninguna práctica institucional, ni social establecida que te obligue a evitar al juez cuando tenés un caso con él. (...) de modo tal que esta forma de vincularse genera oportunidades que en otro modelo social no habría.” (entrevista con académico, Buenos Aires, 3-05-13).

## **Reflexiones finales:**

### **Corte Suprema y comportamiento estratégico**

Helmke (2003) demostró que, hacia finales de los años 90, la deserción estratégica focalizada fue un comportamiento racional de los jueces de la Corte Suprema a partir de las restricciones que el contexto institucional les imponía: desertando en los temas que podían irritar al Gobierno entrante, los jueces de la cuestionada corte menemista lograron mantenerse en sus puestos y ahuyentar las amenazas de juicio político (al menos por unos años, como quedó probado más adelante). Se trataba de un contexto institucional de mayor consolidación democrática del que prevaleciera a principios de los 90, donde la remoción de los jueces sólo podía tener lugar mediante un proceso formal de juicio político (Helmke, 2003: 225). Casi quince años más tarde, el comportamiento estratégico sigue siendo una herramienta efectiva para preservar a la Corte (y al poder judicial) de los embates del Poder Ejecutivo.

Parafraseando a Helmke, estaríamos en un contexto institucional de mayor “consolidación democrática”, donde los jueces de la Corte no temen por la supervivencia en sus puestos. Sin embargo, el poder de la Corte y la independencia del poder judicial en su conjunto no han dejado de verse amenazados: a principios de 2013 el Poder Ejecutivo volvió a utilizar instrumentos formales (proyectos de ley) con esos fines, y lo hizo con éxito en el terreno legislativo haciendo uso de sus mayorías en ambas cámaras del Congreso. Los proyectos fracasaron en el terreno judicial donde la Corte Suprema terminó imponiendo su límite, también formal, en fallos y acordadas, que fueron acatados por el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, este resultado que muestra a la Corte actuando con independencia en defensa del sistema democrático, propio de un estadio avanzado de consolidación institucional, no representa la historia completa. En estas páginas hemos argumentado que el modo en que la Corte (en particular su presidencia) manejó las relaciones con el Poder Ejecutivo fue central para el resultado obtenido, tanto como lo fueron otros modos de comportamiento estratégico décadas atrás. Observamos que la Corte evitó la confrontación abierta con ese poder, apostando a la negociación informal y al manejo de los tiempos. Esto es, se utilizaron viejas prácticas informales que

prevalecen en la cultura de la comunicación entre políticos y jueces, a pesar de las muchas reformas en cuanto a publicidad y transparencia implementadas en la última década. Vistas desde su lado positivo, las comunicaciones informales “se puede leer como diálogo, cooperación, interdependencia; un dialogo explicando los problemas y que el juez busque la mejor solución... el poder judicial es el más débil en poder efectivo, si no hay diálogo y confronta siempre va a salir perdiendo” (entrevista con académico, 14-05-13).

Desde otra perspectiva, las prácticas informales demuestran los límites de la independencia judicial, “...es un esfuerzo bastante exitoso, a costa de decisiones que en materia de derecho pueden ser riesgosas; son lavadas, postergadas, para no ser irritativas. Eso cuando están en juego derechos es un problema” (entrevista con académico, 2-05-13).

Quizás las reacciones negativas que suscitó esta vez el comportamiento estratégico que caracteriza a la Corte de los gobiernos Kirchner nos están mostrando los límites del mismo. La reacción pública, con acusaciones de “pacto”, puede haber sido exagerada, pero estos jueces, que tanta atención prestan a su legitimidad, saben que ahora también su modo de actuar está siendo observado.

## Bibliografía

- Bertino, María Paula (2013). “Sin lugar para los débiles. Lealtades, disciplina partidaria y coaliciones amplias en el Congreso argentino (2011-2013)”. *Iberoamericana*, 51: 185-189. Berlín: Vervuert.
- Epstein, Lee y Jack Knight (2013). “Reconsidering Judicial Preferences”. *Annual Review of Political Science*, 16: 11-31.
- Epstein, Lee y Jack Knight (1998). *The Choices Justices Make*. Washington D.C.: Congressional Quarterly Press.
- Epstein Lee, Jack Knight y Andrew Martin (2003). “The Political (Science) Context of Judging”. *Saint Louis University Law Journal*, 47: 783-817.
- Friedman y Pérez-Perdomo (2003). *Legal Culture in the Age of Globalization*. Stanford University Press.
- Gargarella, Roberto (2013). “Presunciones, niveles de escrutinio y control de constitucionalidad en la causa *Clarín*”. *Jurisprudencia Argentina*. En prensa. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Helmke, Gretchen (2005). *Courts under Constraints. Judges, Generals, and Presidents in Argentina*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Helmke, Gretchen (2003). “Checks and Balances by Other Means: Strategic Defection and Argentina’s Supreme Court in the 1990s”. *Comparative Politics*, 35 (2): 213-230.
- Helmke, Gretchen (2002). “The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy”. *The American Political Science Review*, 96 (2): 291-303.
- Llanos Mariana y Constanza Figueroa Schibber (2008). “El presidente y el Senado: los nombramientos del Poder Judicial en la Argentina democrática (1983-2006)”. *Desarrollo Económico*, vol. 47, n°. 188: 607-637. Buenos Aires: IDES.

Ruibal, Alba (2009). "Self-Restraint in Search of Legitimacy: The Reform of the Argentine Supreme Court". *Latin American Politics and Society*, 51(3): 59-86.

Villoria Mendieta, Manuel (2010). "Cultura de la legalidad y buen gobierno". En *Cultura de la legalidad. Instituciones, procesos y estructuras*. Manuel Villoria Mendieta y María Isabel Wences Simón (eds). Madrid: Los libros de la Catarata.

*Entrevistas citadas:*

Académico, Buenos Aires, 2-05-13

Académico, Buenos Aires, 3-05-13

Académico, Buenos Aires, 13-05-13

Legislador, Buenos Aires, 6-05-13

Juez supremo, Buenos Aires, 6-05-13

Juez de primera instancia, Buenos Aires, 13-05-13

Juez de cámara, Buenos Aires, 17-05-13

Periodista, Buenos Aires, 13-05-13

*Periódicos citados:*

Argentina: *Diario Clarín, La Nación, Página 12, Perfil*

España: *El País*