II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Gisnburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como obter dicta. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política a indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de standars capazes de aportar "elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sumetidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales".

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: "Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, disposto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

CÓMO EL ACTIVISMO JUDICIAL CORROE A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

CÓMO EL ACTIVISMO JUDICIAL CORROE A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Walter Fabian Carnota

Resumo

El presente trabajo tiene por finalidad rastrear las posturas activistas esgrimidas por la Corte Suprema argentina en la decisión "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo", dictado el 7 de julio de 1992. En dicho decisorio, el Alto Tribunal de Justicia postuló la primacía de los tratados internacionales en el orden interno, con arreglo al artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. El tratamiento deficitario dado a ciertas cuestiones procesales y sustantivas de la causa, en obsequio a la trascendencia del asunto en debate, persuaden del ejercicio de una considerable cuota de activismo judicial en la causa.

Palavras-chave: Activismo judicial, Relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional

Abstract/Resumen/Résumé

El presente trabajo tiene por finalidad rastrear las posturas activistas esgrimidas por la Corte Suprema argentina en la decisión "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo", dictado el 7 de julio de 1992. En dicho decisorio, el Alto Tribunal de Justicia postuló la primacía de los tratados internacionales en el orden interno, con arreglo al artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. El tratamiento deficitario dado a ciertas cuestiones procesales y sustantivas de la causa, en obsequio a la trascendencia del asunto en debate, persuaden del ejercicio de una considerable cuota de activismo judicial en la causa.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Activismo judicial, Relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional

COMO EL ACTIVISMO JUDICIAL CORROE A LA ARGUMENTACION JURIDICA

Por Walter F. Carnota

Ponencia presentada para el panel “Activismo judicial. Judicialización de la política”.

El presente trabajo tiene por finalidad rastrear las posturas activistas esgrimidas por la Corte Suprema de Justicia argentina en la decisión “Ekmekdijian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo”, dictada el 7 de julio de 1992. En dicho decisorio, el Alto Tribunal de Justicia postuló la primacía de los tratados internacionales en el orden interno, con arreglo al artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. El tratamiento deficitario dado a ciertas cuestiones procesales y sustantivas de la causa, en obsequio a la trascendencia del asunto en debate, persuaden del ejercicio de una considerable cuota de activismo judicial en la causa.

1.- A modo de introito.

La aparición en escena de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina en autos “Ekmekdijan, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo”, datada el 7 de julio de 1992 y publicada en la colección de “Fallos”, tomo 315, página 1492 y ss., implicó alterar radicalmente las bases de cómo se entendió hasta allí el sistema de fuentes que informaba al ordenamiento jurídico argentino, configurando un muy importante antecedente para la reforma constitucional federal que se llevara a cabo dos años más tarde, en el año 1994.

No es tanto el pleito que subyace en el fallo de la Corte argentina que referimos, ni su texto puntual. Nos interesa destacar los *valores* que informaron la decisión arribada, que, por otro lado, se conectaron estrechamente con un alineamiento a la política internacional que desplegaba en ese momento la Administración del entonces Presidente Carlos Menem.

En efecto, este gobierno (1989-1999) se caracterizó a lo largo de su estancia en el poder por una acendrada instalación de la Argentina en el plano internacional. Eran los fines de la bipolaridad, escenificada -como nunca- con la caída del famoso “Muro de

Berlín". Eran épocas que se preconizaba *el fin de la historia*, habiendo triunfado en toda la línea el liberalismo capitalista por sobre el comunismo.

2.- Antecedentes del pleito.

Si se quiere, la plataforma fáctica que subyace en esta litis es poco sustanciosa, si se repara en las consecuencias que tuvo el decisorio adoptado.

En el litigio ocurrente, se ventiló una acción, entablada por el profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Miguel Angel Ekmekdjian, tendiente a solicitar derecho de réplica contra Gerardo Sofovich, quien conducía un programa televisivo en el cual el escritor Dalmiro Sáenz había proferido insultos a la Virgen María.

Miguel Ekmekdjian no era un desconocido en el mundo tribunalicio argentino. Era un reputado abogado y docente[1], a quien cuatro años antes la Corte Suprema le había fallado en contra en el juicio "Ekmekdian c. Neustadt" (sentencia del 1 de diciembre de 1988, *Fallos:* 311: 2497), deducido en esa ocasión contra expresiones del ex presidente Arturo Frondizi que consideraba lesivas al sistema democrático, también en el contexto de un programa de televisión conducido por Bernardo Neustadt.

En ambos casos, el recurrente pedía la aplicación del derecho de "*rectificación o respuesta*" que contempla el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o "Pacto de San José de Costa Rica"), en virtud de dichos proferidos por vía televisiva. En un caso, eran consideraciones políticas realizadas por un ex presidente constitucional argentino; en el posterior se trataba de afirmaciones que herían su sentimiento religioso.

Cabe destacar que el Congreso argentino había aprobado el mencionado Pacto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos por ley 23.054 en 1984, y el entonces Presidente Raúl Alfonsín lo ratificó en sede internacional, aceptando la competencia tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en la ciudad de Washington, D.C., como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con asiento en la ciudad de San José de Costa Rica.

[1] ALICE, Beatriz, *Miguel Angel Ekmekdjian*, en AA.VV., *Maestros del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 37.

En el primero de los casos “Ekmekdjian”, el más Alto Tribunal federal argentino consideró que la precitada Convención no era operativa y que no integraba el derecho positivo argentino, aseveraciones fuertes de realizar en punto a un tratado internacional suscripto por el Estado nacional.

Dentro del contexto que va descripto, el profesor Ekmekdjian deduce su segunda acción sobre la base de los mismos fundamentos normativos ya argumentados, aplicados en otra situación fáctica dado que se involucraba aquí a creencias religiosas.

3.-La jurisdicción apelada de la Corte Suprema argentina.

Si bien la jurisdicción apelada de la Corte Suprema nacional por vía del recurso extraordinario federal es netamente *discrecional*, de conformidad con la ley 48 sancionada en la época de la organización nacional, ello no implica que suele haber una serie de formalidades que en líneas generales el Alto Tribunal obliga a cumplimentar, todo ello siguiendo las aguas del derecho norteamericano.

Así, uno de los recaudos para incitar esta “eminente jurisdicción constitucional” -en palabras del propio Tribunal, está dado por la exigencia de la *legitimación activa* o “standing to sue”, en la jerga del Tribunal cimero de los Estados Unidos. Y ello se relaciona marcadamente con otro requerimiento del control de constitucionalidad, como es la existencia de un daño concreto y objetivo en la persona del demandante.

Esta formalidad, de vuelta dirimente en cualquier asunto relativo a la inspección de constitucionalidad y que se halla muy desarrollado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina nacionales y del modelo que fueron los Estados Unidos, no es óbice para la Corte argentina para adentrarse en el fondo del reclamo del profesor Ekmekdjian. La Corte quería ventilar su verdad al mundo, a un mundo que deseaba firmemente integrarse y formar parte luego de años de aislamiento producido por el drama de los desaparecidos y la Guerra de las Malvinas durante la dictadura militar de 1976-1983.

O sea que la Corte nacional va a tomar su posicionamiento en el caso “Ekmekdjian” como estratégico, al ubicar una contienda particular en el concierto del sistema de fuentes que iba evolucionando rápidamente. El hecho de que el Tribunal Supremo decidiera sortear los ápices procesales era señal de que no quería detenerse en pequeñeces (*De minimis non curat praetor*).

Es revelador el tratamiento mínimo y devaluado que la mayoría del Tribunal asigna a esta cuestión. En vez de hacerlo de modo inicial, recién lo hace en el considerando 24, donde se expresa:

> Parece obvio señalar que una respuesta afirmativa a la cuestión constituye condición esencial para el Tribunal pudiera haber afrontado la trascendente temática desarrollada en este pronunciamiento. Efectivamente, en un orden lógico de la decisión, ante el señalamiento del *a quo* de negar legitimación al demandante, si la Corte compartiera ese razonamiento debería desestimar sin más el recurso. De lo contrario, las reflexiones del Tribunal acerca del derecho de rectificación o respuesta, no tendrían la autoridad de un 'fallo o sentencia' (arg. art. 2 de la ley 27). Empero, no es menos cierto que la falta de legislación en el orden nacional sobre la materia, el carácter de primer pronunciamiento sobre el asunto, y la trascendencia jurídica e institucional de la cuestión, proporciona a los fundamentos de la legitimación del demandante carácter provisional, susceptible de sufrir mutaciones de acuerdo a la evolución del instituto.

Fincar la legitimación activa en la trascendencia -término que sirvió para justificar el *certiorari negativo* incorporado para la denegatoria del remedio federal al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- del asunto es una vuelta complicada en la trama argumentativa del pronunciamiento.

4.-El derecho subjetivo reclamado.

Genéricamente, suele señalarse que el profesor Ekmekdjian pedía la aplicación a su caso de las previsiones del "derecho de réplica". En realidad, la normativa del Pacto de San José de Costa Rica es algo más compleja y sofisticada al tratar este instituto en el art.14 de su clausulado.

Es que el Pacto no requiere simplemente la articulación de una "réplica", que podría deducirse en el campo de una divergencia de opiniones. Lo que permite el articulado de la Convención es impetrar una "rectificación" o una "respuesta": lo erróneo es susceptible de lo primero; lo injurioso de lo segundo. Es decir, se trata de supuestos más afinados, que no se limitan, por cierto, a la confrontación de meras *opiniones.*

Y ello resulta capital para entender el caso, porque no solamente la litis entablada por Ekmekdjian tenía falencias si se quiere desde el plano subjetivo de la legitimación activa, al no verse involucrado *personalmente* en la contienda sino en su condición -compartida por millones de habitantes- de católico. En América Latina, hasta donde se

es “practicante” de la religión o no, no suele ser fácil de discernir, menos para conferir aptitud para estar en juicio defendiendo una determinada posición.

El perímetro, pues, que delimita la Convención Americana es más acotado o ceñido. La información propalada debe ser errónea, falsa, inexacta. O, por otro lado, puede tener aptitud difamatoria. Nada más.

¿Qué valor se halla aquí comprometido? No hay dudas de que el autor del Pacto de 1969 dio prioridad a la veracidad informativa, tan importante en nuestros días asolados por las llamadas *fake news*. La información no sólo tiene, en la economía del Pacto de San José, una dimensión individual (la famosa libertad de expresión que tiene toda persona, de acuerdo a las previsiones del art. 13 convencional), sino también *social*[2].

Ocurre que la sociedad que consume información está interesada sobre manera que la misma sea veraz y auténtica. Esa autenticidad es el *valor* que se protege aquí, y que resulta muy importante en la construcción de una sociedad democrática, donde las diversas opciones que se le ofrecen al electorado y a la opinión pública no deben estar de ningún modo *contaminadas.*

Sin embargo, bajo esa óptica y estándares, lo planteado por el profesor Ekmekdjian tenía serios problemas, toda vez que el Pacto no tutela a la “réplica ideológica”. Es que la matriz clásica en el tema tiende, como no podía ser de otra manera y por las razones ya explicitadas, a proteger el ejercicio del periodismo libre en la difusión de las ideas. De otro modo, se estaría dificultando su práctica, al obligar al medio de difusión de que se trate de ofrecer un espacio alternativo para que se ventilase una opinión diversa o contraria. La multiplicidad al infinito de puntos de vista y de enfoques conspiraría, a la postre, contra la propia libertad informativa. Sería un “circulo vicioso” del cual no se podría salir fácilmente.

Aquí también la Corte argentina actuó de modo alejado a un modelo estrictamente legalista, y desarrolló una tesitura más *activista y comprometida con los nuevos tiempos que se venían en el manejo de las relaciones exteriores.*

Tan es así que la cotización de “precedente” en este punto es bastante endeble. Se admitió así una réplica de cariz “ideológico” que no era lo que estaba expresamente permitido por los redactores de la Convención Americana, prueba una vez más que se apuntaba a fijar un criterio más general, desvinculado de las vicisitudes del “caso concreto”.

[2]En cuanto protege a los auditorios. ANTKOWIAK, Thomas M., y GONZA, Alejandra, *The American Convention on Human Rights (Essential Rights),* Oxford, Oxford University Press, 2017, p.231.

5.-El meollo del decisorio.

El "núcleo duro" de la decisión *Ekmekdjian II* es sin duda alguna para nosotros la relación entre la esfera internacional y la doméstica, en donde los tratados internacionales saldrán muy airosos.

A diferencia de lo que venía preconizando el derecho sentencial del Supremo Tribunal hasta allí, sobre todo en "Martín c. Administración General de Puertos" (*Fallos:* 257: 99), *tratado* y *ley interna* gozaban de idéntica gradación jerárquica, debiendo aplicarse el criterio de *lex posterior*, o sea, la última manifestación normativa que se haya producido en el tiempo. Se abandona esta posición[3] y se afirma otra.

La pluralidad del Alto Tribunal encuentra la solución normativa a este atolladero interpretativo en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en vigor para el Estado argentino desde el 27 de enero de 1980, en donde se "confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno" (Considerando décimo octavo del voto de la mayoría).

Este "reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno" (ídem, *in fine*) no implica empero para nosotros aplicarlo donde no corresponde según los propios cánones convencionales. Es un contrasentido, que colisiona con el *principio de no contradicción.*

Tan audaz y provocativa fue la postura del fallo, en orden a asignar esta prioridad sin ambages, que exactamente un año después, al fallar en el caso "Fibraca" (sentencia del 7 de julio de 1993, *Fallos:* 316: 1669), la propia Corte Suprema argentina tuvo que aclarar que los tratados internacionales no podían prevalecer sobre la propia Constitución, que es lo que a nuestro juicio se desprende con claridad del art.27 y del art.31 de la Constitución Nacional.

¿Dónde quedaría justificada, si se quiere, tal lectura expansiva que inició en la Corte un proceso de *internacionalización creciente de su jurisprudencia*, que duró veinticinco años (1992-2015)?

Para nosotros, el activismo judicial aquí evidenciado se desprende de valores sustentados por la pluralidad en esta decisión, que se correlacionan estrechamente con

[3] CARNOTA, Walter F., "Supremacía y Control Constitucionales", en CARNOTA, Walter F. (Director), *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 37.

los principios de política exterior de la Administración Menem, que había nombrado a la mayoría de los jueces de este Tribunal aquí actuante.

La prelación que aquí se colaciona de los tratados, derivada normativamente del art.27 de la Convención de Viena, halla su quicio en el plano axiológico, fruto de un posicionamiento político.

En efecto, esta nueva "pirámide jurídica" que construye la mayoría del Tribunal en *Ekmekdjian II*,

> Resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacional que la Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente.

Como ya fue dicho, la vara de la trascendencia fue usada por la misma Administración Menem, en ocasión de ampliar la composición del Alto Tribunal de cinco a nueve miembros y de permitir la desestimación de recursos extraordinarios, precisamente, por carecer de trascendencia (art.280 CPCCN citado).

En otras ocasiones, como ésta, el estándar de la trascendencia ha permitido al Alto Tribunal a ingresar al tratamiento de las cuestiones planteadas. Empero, aquí la Corte Suprema suple a las partes en sus recaudos estrictamente procesales, en aras de una difusa noción (harto discrecional, por otro lado, de "trascendencia") es indicio cierto de un ejercicio activista de la función judicial.

No caben dudas de que el ejercicio de la política exterior incumbe al Presidente de la Nación en su rol de Jefe de Estado constitucionalmente previsto. Pero aquí, *como en otros pronunciamientos de esos años del mismo Tribunal actuante*, la Corte deseó dar una señal de "acompañamiento" a ese ejercicio de atribuciones presidenciales. Encontramos así un supuesto de "judicialización de la política", dado que los razonamientos empleados en la sentencia revelaron un exceso de argumentaciones para sustentar la tesitura de la actora y así poder expedirse sobre el fondo del asunto.

La cuestión central en debate dejó de ser la viabilidad del derecho de rectificación o respuesta, para mutar o novar en la jerarquía y operatividad de los tratados internacionales. Piénsese que dos años antes, Argentina firmó el Tratado de Asunción (26 de marzo de 1991), en virtud del cual se crea el MERCOSUR.

El pronunciamiento se enmarca, entonces, en la arena de la integración y de la globalización, dado que los hechos del caso no ameritaban la decisión a la que se arribó.

6.-Implicancias posteriores.

La línea trazada a partir de *Ekmekdjian II* tuvo su coronación en la explicitud constitucional con la reforma constitucional federal acaecida en 1994. La prioridad de rango entre el tratado y la ley fue expresamente reconocida por el nuevo artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional allí incorporado.

Si bien la regla en cuestión prevé tratados internacionales de derechos humanos *con jerarquía constitucional*, el dispositivo del carácter supra-legal de los tratados internacionales en general no es un dato menor a la hora de evaluar las fuentes del sistema jurídico argentino.

Ocurre que, lamentablemente, muchas veces se firman convenios internacionales por hipocresía, o por quedar bien, o por alardes de civilización y cultura. En estados con poca cultura política de los cumplimientos como en Argentina, en donde se registran altos índices de *anomia*[4], ello no deja de ser una deplorable práctica habitual. Tal vez como alguien afirmara, el constituyente revisor de 1994 no fue plenamente consciente de la grave responsabilidad institucional que hacía asumir al Estado argentino con estas severas mandas.

No se trata de entronizar tratados internacionales de cualquier modo, sin reparar en las posibilidades de su efectivo cumplimiento, como tampoco se trata de reconocer derechos de cualquier forma. Convertir a la Constitución en el famoso "catálogo de ilusiones" no es una conducta ni correcta ni deseable.

Sin embargo, esto no fue un sueño aislado del constituyente. Tuvo un punto de partida bien claro, cuando jueces que salieron de su cauce habitual de actuación -su competencia, ni más ni menos- se pusieron a elaborar construcciones que, adobadas de valores relevantes, coadyuvaron a ciertas posiciones políticas muy enraizadas en la agenda del momento.

La integración en el mundo fue uno de los eslóganes de la Administración Menem a lo largo de la última década del siglo pasado. No se podría entender a ese gobierno si se

[4] NINO, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2011.

sacara esta variable. Y así como en lo económico tuvo un sesgo fuertemente privatizador, en la política externa fue globalizador.

Es que la globalización implica o significa fuertes cesiones de la soberanía del Estado a organismos internacionales. Ese es el dato político, que halla correlación con el jurídico de suscripción de tratados con otros Estados o con entidades internacionales.

Creemos que los jueces de la mayoría que actuaron en el caso *Ekmekdjian II* estuvieron sesgados a ayudar al gobierno por entonces existente en la República Argentina, asegurando a la comunidad internacional que los compromisos que se adoptasen en esa órbita iban a ser estrictamente cumplidos.

Y ese criterio tuvo una profunda incidencia en la política constitucional argentina. Ni más ni menos que constituyó el paraguas conceptual para los cambios introducidos por la revisión de 1994 en el art.75 inciso 22. Esta regla quizá sea la novedad más importante que con proyección futura incorporó la Convención de Santa Fe/Paraná.

Lo antedicho es demostrativo que el activismo judicial no se circunscribe a un solo Tribunal, ni a una época histórica dada, ni a una ideología determinada. Una Corte Suprema como aquí examinamos puede ser activista, como una Corte Constitucional, un Tribunal Supranacional[5], una Cámara de apelaciones, hasta un juzgador de primera instancia.

El activismo es ni más ni menos que ejercicio de políticas públicas por parte de los jueces. Claro que es muy difícil, en la praxis, determinar dónde empieza un campo y donde el otro. No es fácil la fijación de límites precisos. Recordemos, en este sentido, que en la realidad de las conductas *el derecho es la continuación de la política por otros medios.* Sin embargo, queda anclado en el terreno jurídico la argumentación. Un pronunciamiento judicial debe CONVENCER, por la fuerza intelectiva de los argumentos desplegados. Conscientes de que los jueces, tal como señala "El Federalista" Número 78, no tienen ni la espada ni la bolsa, restan su poder en esa capacidad de mover conductas ajenas por la convicción que logren instalar. Desde un estricto plano argumentativo, *Ekmekdjian II* deja que desear, tratándose ante todo de una decisión político-institucional.

DOCTOR WALTER F. CARNOTA

[5]Como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CARNOTA, Walter F., "Control de convencionalidad y activismo judicial", en MARINONI, Luiz Guilherme, *Controle de Convencionalidade*, Brasilia, Gazeta Jurídica, 2013, p. 449.

WALTER F. CARNOTA es Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Juez Federal de la Seguridad Social.