

[Buenos Aires, jueves 7 de julio de 2022 - N° 15.333]

# A TREINTA AÑOS DE "EKMEKDJIAN C/ SOFOVICH"

## EDICIÓN ESPECIAL

ALEJANDRO BORDA: Director de EL DERECHO

SOFÍA CALDERONE: Coordinadora de la edición especial  
*A treinta años de "Ekmekdjian c/ Sofovich"*

MARCO RUFINO: Coordinador de Redacción de EL DERECHO

Autores:

ÁBALOS, MARÍA GABRIELA - BARRA, RODOLFO CARLOS  
PALAZZO, EUGENIO LUIS - SAGÜÉS, MARÍA SOFÍA  
SANTIAGO, ALFONSO (h.) - VÍTOLO, ALFREDO MAURICIO

Consejo de Redacción:

GABRIEL FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO  
MIÑO, DANIEL ALEJANDRO HERRERA y NELSON G. A. COSSARI

60 AÑOS



EL DERECHO

# Contenido

## **PRESENTACIÓN**

*Un caso de manual: A treinta años de “Ekmekdjian c/ Sofovich”, por Alejandro Borda y Sofía Calderone*  
Cita Digital: ED-MMMCCXXXII-956

## **DOCTRINA**

*Consagración de la supralegalidad de los tratados a partir de la interpretación jurisprudencial, por María Gabriela Ábalos*  
Cita Digital: ED-MMMCCXXXII-957

*“Ekmekdjian”: a treinta años de un fallo trascendente, por Rodolfo Carlos Barra*  
Cita Digital: ED-MMMCCXXXII-958

*“Ekmekdjian c/ Sofovich” en el proceso de cambio de las fuentes del derecho, por Eugenio Luis Palazzo*  
Cita Digital: ED-MMMCCXXXII-959

*El fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich” como la génesis del control de inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo en Argentina, por María Sofía Sagüés*  
Cita Digital: ED-MMMCCXXXII-960

*A treinta años del caso “Ekmekdjian”: un auténtico big bang en el sistema jurídico argentino, por Alfonso Santiago*  
Cita Digital: ED-MMMCCXXXII-961

*A treinta años de la sentencia “Ekmekdjian c/Sofovich”. Al profesor Miguel Ángel Ekmekdjian, in memoriam, por Alfredo Mauricio Vítolo*  
Cita Digital: ED-MMMCCXXXII-962

# Un caso de manual: A treinta años de “Ekmekdjian c/ Sofovich”

por ALEJANDRO BORDA<sup>(\*)</sup> y SOFÍA CALDERONE<sup>(\*\*)</sup>

En el devenir jurisprudencial de un alto tribunal, es posible identificar casos cuya consideración, por una u otra razón, resulta ineludible. Pues bien, a treinta años de “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”<sup>(1)</sup>, nos atrevemos a decir que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación integra la lista de las decisiones que han trascendido.

Los hechos que dieron origen al caso son conocidos. En la transmisión de “La noche del sábado”, el día 11 de junio de 1988, por Canal 2 de Televisión, Dalmiro Sáenz, invitado al programa, pronunció una serie de dichos agraviantes, referidos a la Virgen María y a Jesucristo. Del otro lado de la pantalla, un profesor de derecho constitucional, Miguel Ángel Ekmekdjian –como seguramente muchos creyentes– supo que las palabras ofensivas del escritor habían “lesionado profundamente [...] sus sentimientos religiosos”<sup>(2)</sup>. Para reparar el agravio, preparó una carta documento con una contestación, que dirigió al productor del programa, Gerardo Sofovich, y al canal donde se había producido la emisión. Esperaba que el texto fuera leído al aire; pero no obtuvo respuesta. Consecuentemente, inició una acción de amparo para que se reconociera su “derecho a réplica”, en los términos del artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>(3)</sup>. La acción intentada por Ekmekdjian fue rechazada en todas las instancias. En este estado de las cosas, el amparista interpuso un recurso extraordinario, cuyo rechazo originó una queja ante la Corte Suprema.

El desenlace es también (muy) conocido. El 7 de julio de 1992, el tribunal se pronunció en “Ekmekdjian c/ Sofovich”. Con una decisión dividida<sup>(4)</sup>, se hizo lugar a la queja, se estimó procedente el recurso extraordinario y se condenó a Sofovich “a dar lectura únicamente a la primera hoja de la carta” remitida por Ekmekdjian, “en la primera de las audiciones que con ese nombre u otro similar [...] conduzca el demandado”<sup>(5)</sup>.

La sentencia supuso un viraje significativo respecto de la jurisprudencia anterior<sup>(6)</sup>. En el fallo se admitió que, según lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 27)<sup>(7)</sup>, cabe “asigna[r] prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno”<sup>(8)</sup>. Asimismo, se reconoció la operatividad del derecho de rectificación o respuesta, contenido en el artículo 14.1 de la CADH<sup>(9)</sup>; y la legitimación de Ekmekdjian para su ejercicio. Sobre esto último, se dijo que, en el caso, el replicante “asum[ía] una suerte de representación colectiva” en orden a reparar un “fuerte sentimiento religioso ofendido”<sup>(10)</sup>.

Claro que, en el despliegue argumental, la Corte Suprema se refirió a otros aspectos. La libertad de expresión

y de prensa, el derecho a la información, el papel de los medios de comunicación<sup>(11)</sup>, el rol del Poder Judicial ante la omisión del Legislativo (que no había reglamentado el derecho en cuestión)<sup>(12)</sup>, la protección de la libertad religiosa –puntualmente, del “sentimiento religioso” frente a ofensas y agravios gratuitos<sup>(13)</sup> y el modo de ejercicio del derecho a réplica<sup>(14)</sup> son algunos de los puntos abordados en el fallo.

Por supuesto, la decisión provocó opiniones variopintas; en rigor, no todas las elaboraciones del tribunal fueron bienvenidas por igual<sup>(15)</sup>. Sin embargo, como dijo el propio Ekmekdjian, pronto se advirtió que la sentencia representaba “[...] un cambio sustancial en la hasta entonces jurisprudencia del tribunal, respecto a la relación existente entre las leyes sancionadas por el Congreso Nacional, y los tratados internacionales”<sup>(16)</sup>.

Un año después, en “Fibrica Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, la Corte Suprema (sin disidencias) confirmó la tesis relativa a la jerarquía de los tratados internacionales<sup>(17)</sup>. Así, reiteró que, “una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales”, corresponde “[...] asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”<sup>(18)</sup>; posteriormente, dicha postura fue mantenida por el tribunal<sup>(19)</sup>. La Convención Reformadora de 1994 receptó expresamente la innovación. Desde entonces, el primer párrafo del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional establece que “[...] Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

Treinta años más tarde, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich” se ha convertido en un verdadero “caso de manual”. Lo es por sus orígenes: el argumento que dio sustento al amparo y que movilizó el litigio fue pensado por un profesor de derecho constitucional que tenía interés académico en las cuestiones allí ventiladas. En efecto, en su producción intelectual se había ocupado reiteradamente del derecho a réplica (entendido en sentido amplio), así como de la operatividad de los derechos<sup>(20)</sup>. Probablemente, esas ideas lo impulsaron a llevar la causa ante los tribunales<sup>(21)</sup>.

(11) Cons. 3° a 14.

(12) Cons. 19 a 23.

(13) Cons. 26 y 27. Recientemente, a raíz de la exhibición de una “Virgen abortera” se destacó la relevancia del fallo “en lo que respecta a la defensa de la libertad religiosa”. Barra, Rodolfo C., “La vigencia de la doctrina ‘Ekmekdjian’”, *El Derecho*, t. 282, 15/4/2019. Cita digital: ED-DCCLXXVII-752.

(14) Cons. 28 a 32.

(15) Sobre las luces y sombras del fallo puede verse, entre otros: Bidart Campos, Germán J., “El ‘adentro’ y el ‘afuera’ del derecho de réplica”, *El Derecho*, t. 148, p. 351 y Bianchi, Alberto B., “Un fallo sobre derecho de réplica que pone en mora al Congreso”, *El Derecho*, t. 148, p. 339.

(16) Ekmekdjian, Miguel Á., “A un año exacto del fallo ‘Ekmekdjian c/ Sofovich’”, la Corte Suprema de Justicia refirma el criterio monista establecido en aquel”, *El Derecho*, t. 154, p. 176.

(17) Sentencia del 7/7/1993. Fallos: 316:1669, con firma de Rodolfo C. Barra, Augusto César Belluscio, Ricardo Levene (h.), Mariano Augusto Cavagna Martínez, Julio S. Nazareno y Eduardo Moliné O’Connor. En un comentario a “Fibrica”, Ekmekdjian advirtió que “[...] en un voto único, firmado por seis de sus nueve ministros [...]”, la Corte Suprema “revalid[ó] algunos de los principios sentados en la causa ‘Ekmekdjian c. Sofovich’”. Ekmekdjian, Miguel Á., “A un año exacto del fallo ‘Ekmekdjian c/ Sofovich’”, la Corte Suprema de Justicia refirma el criterio monista establecido en aquel”, *El Derecho*, t. 154, pp. 179-180.

(18) Sentencia del 7/7/1993. Fallos: 316:1669. Cons. 3°.

(19) Por ejemplo, en “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)”, sentencia del 13/10/1994, Fallos: 317:1282, cons. 8° y 9°.

(20) Algunos de sus trabajos pueden verse en: Ekmekdjian, Miguel Á., “Réplica sobre el derecho de réplica”, en DJ 1988-2, 513, *La Ley*. Cita digital: TR LALEY AR/DOC/4165/2006; Ekmekdjian, Miguel Á., “Breves reflexiones sobre la vigencia actual del derecho de réplica”, *La Ley*, LA LEY1991-A, 1081, *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*. Tomo III, 1/1/2008, 275. Cita digital: TR LALEY AR/DOC/20512/2001. Sobre la operatividad de derechos, véase también: Ekmekdjian, Miguel Á., “Operatividad y programaticidad de los derechos individuales”, *El Derecho*, t. 113, p. 869. Luego del fallo de la Corte en 1992, mantuvo interés en el tema. Por ejemplo, véase: Ekmekdjian, Miguel Á., “Nuevamente sobre el derecho de réplica”, *La Ley*, LA LEY1996-C, 496. Cita digital: TR LALEY AR/DOC/18816/2001.

(21) Un repaso de la carrera académica y profesional de Ekmekdjian (y de los temas de sus investigaciones) puede verse en: Alice,

(\*) Correo electrónico: aborda@bordakrieger.com.ar.

(\*\*) Correo electrónico: sofialcalderone@uca.edu.ar.

(1) Fallos: 315:1492. En adelante, “Ekmekdjian c/ Sofovich” o “Ekmekdjian”.

(2) Cons. 2°.

(3) Aprobada por ley 23.054, BO 27/3/1984.

(4) El tribunal se integraba con nueve miembros. La sentencia fue firmada por los jueces Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo Carlos Barra, Carlos Santiago Fayt, Julio Salvador Nazareno y Antonio Boggiano. Hubo tres disidencias: la primera, escrita por Enrique Santiago Petracchi y Eduardo Moliné O’Connor, la segunda por Ricardo Levene (h.) y la última por Augusto César Belluscio.

(5) Cons. 32.

(6) En 1988, la Corte Suprema había rechazado otra acción promovida por el mismo actor, en “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo”, sentencia del 1/12/1988, Fallos: 311:2497. En esa oportunidad, recordó: “[...] ya [se] ha establecido que el derecho a réplica o respuesta, contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –aprobada por la ley 23.054– no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno [...] [conf. Sentencia dictada *in re* ‘Costa, Héctor Rubén c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros’, C. 752.XIX y C.753.XIX, del 12 de marzo de 1987, considerando 16 del voto de la mayoría y considerando 11 del voto del señor Presidente José Severo Caballero]” (cons. 3°).

(7) Aprobada por ley 19.865, BO 11/1/1973. Recuérdese que el artículo 27 de dicha Convención dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”.

(8) Cons. 18.

(9) Cons. 19 a 23.

(10) Cons. 24 y 25.

Pero sobre todo es un “caso de manual” porque integra una parte fundamental de todo libro de derecho constitucional. Por supuesto, también dan cuenta de la relevancia del fallo los manuales de derechos y garantías, de derecho internacional, derechos humanos y todo estudio serio acerca de las fuentes en el derecho argentino. Durante tres décadas (y posiblemente por mucho tiempo más), los docentes de todas las facultades de abogacía del país relataron (relatan y relatarán) a sus alumnos, una y otra vez, las minucias de una decisión, que ya es parte de nuestra historia constitucional.

Con motivo del aniversario y con espíritu reflexivo, convocamos a un grupo de constitucionalistas para que repasen y valoren la sentencia que –al decir de Bidart Campos– operó un “cambio visceral”<sup>(22)</sup> en nuestro sistema jurídico. De ese modo, se propuso reexaminar, desde la academia, el impacto de “Ekmekdjian” y su actual vigencia.

Las contribuciones que integran este número –escritas por las plumas avezadas de los profesores María Gabriela Ábalos, Rodolfo Carlos Barra, Eugenio Luis Palazzo, María Sofía Sagüés, Alfonso Santiago (h.) y Alfredo Mauricio Vítolo– exhiben miradas originales. Ciertamente, sus trabajos aúnan el pasado, presente y futuro de la doctrina que la decisión nos dejó.

En esta línea, conviene traer a colación las palabras de Guastavino, en el “Prefacio” al primer tomo de la colección de *Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional*. En esa ocasión, se señalaba que la publicidad de las sentencias contribuía a “[...] levantar ante el tribunal de la Corte Suprema el poder de la opinión del pueblo, quien, á

la par que gana en inteligencia con el estudio de las decisiones judiciales, con su censura hace práctica la responsabilidad de los jueces, los cuales ganan á su vez en respetabilidad y prestigio ante sus conciudadanos, según sean la ilustración y honradez que muestran en sus decisiones” [sic]<sup>(23)</sup>. Creemos que el ejercicio de visitar un fallo tan significativo, bajo la lupa de juristas e investigadores, coadyuva a ese objetivo y (¿por qué no?) podría replicarse. Los artículos reunidos nos adentran en las múltiples dimensiones del caso; seguramente, las perspectivas aquí trazadas inspiren otras entre los lectores. Acaso también inciten debates entre los nóveles integrantes de la comunidad jurídica: los estudiantes de grado y de posgrado que, más temprano que tarde, afrontarán el análisis del clásico “Ekmekdjian”.

Con todo, nos queda agradecer a los autores, porque generosamente aceptaron formar parte de la aventura de repensar “Ekmekdjian c/ Sofovich” y sus consecuencias. Nuestra gratitud se extiende a quienes se encargaron de la corrección, diagramación y diseño de este diario especial. Ahora sí, ¡a leer se ha dicho!

**VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO NACIONAL - RELIGIÓN - CULTO - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHO INTERNACIONAL - TELEVISIÓN - PRENSA - LIBERTAD DE PRENSA - DERECHO DE RESPUESTA - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - LEGITIMACIÓN PROCESAL - DERECHO DE RÉPLICA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER LEGISLATIVO**

Beatriz L., “Miguel Ángel Ekmekdjian”, en Manili, Pablo L. (coord.), *Maestros del derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2017, pp. 35-46.

(22) Bidart Campos, Germán J., “El ‘adentro’ y el ‘afuera’ del derecho de réplica”, *El Derecho*, t. 148, p. 351.

(23) Guastavino, José M., *Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1864, tomo I, p. IV (se aclara que hemos respetado la acentuación del original).

# Consagración de la supralegalidad de los tratados a partir de la interpretación jurisprudencial

por MARÍA GABRIELA ÁBALOS\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. – II. CONSTITUCIÓN, TRATADOS Y LEYES: IDAS Y VUELTAS JURISPRUDENCIALES. – III. PRESUPUESTOS DEL CAMBIO HACIA LA SUPRALEGALIDAD DE LOS TRATADOS. – IV. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL CLARIFICADORA.

## I. Introducción

Uno de los grandes temas de debate en el derecho argentino es, sin duda, el de la supremacía constitucional y la consecuente jerarquía normativa que estructura todo el ordenamiento jurídico.

La reforma constitucional de 1994 varió considerablemente la “pirámide” de Kelsen para dar paso a un “trapezoido”, con la cúspide ocupada por más de una norma jurídica. Sin embargo, la transformación fue construyéndose paulatinamente, gracias a enriquecedores aportes, tanto doctrinarios como jurisprudenciales, sin desdeñar los que desde el derecho público provincial pueden rescatarse<sup>(1)</sup>.

En esa evolución, un hito fundamental –que ahora cumple 30 años– fue el célebre pronunciamiento impulsado por el recordado profesor de derecho constitucional Miguel Ángel Ekmekdjian, quien, a través de una estratégica acción de amparo, desencadenó una interpretación jurisprudencial clarificadora sobre la supralegalidad de los tratados en el ordenamiento jurídico argentino<sup>(2)</sup>. Dicha exégesis fue receptada por la reforma de 1994 y se anida en el primer párrafo del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, sirviendo de base a la inclusión de instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional consagrada en el segundo párrafo del mismo inciso.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO*: *Un fallo sobre derecho a réplica que pone en mora al Congreso*, por ALBERTO BIANCHI, ED, 148-339; *El ‘adentro’ y el ‘afuera’ del derecho de réplica*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 148-348; *La supremacía constitucional y los tratados internacionales*, por HORACIO SÁNCHEZ PARODI, ED, 158-1055; *Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994*, por DANIEL EDUARDO VICENTE y JORGE LUIS RODRÍGUEZ, ED, 163-911; *La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos*, por FERNANDO BARROSO, ED, 163-922; *La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución argentina*, por ARIEL DULITZKY, ED, 163-936; *Preeminencia del derecho a la intimidad, sobre la libertad de informar*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-110; *En otro fallo sobre libertad de prensa. Practicidad y congruencia*, por GERARDO ANCAROLA, ED, 172-459; *Razonable limitación de la libertad de prensa*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-550; *Libertad de prensa*, por ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ, ED, 172-1003; *Otra vez la libertad de prensa se enfrenta con el derecho al honor*, por MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, ED, 174-160; *El fin y los medios (El standard de la malicia real en la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas)*, por VÍCTOR BAZÁN, ED, 179-256; *La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos*, por RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, ED, 180-1383; *Constitucionalidad y extensión del derecho de rectificación o respuesta. Análisis del caso “Petric c. Página 12”*, por JULIO CÉSAR RIVERA, ED, 181-1098; *Imposibilidad de separar lo “informado” de lo “comentado u opinado”*, por MIGUEL M. PADILLA, ED, 182-187; *La responsabilidad civil de los medios de comunicación y la precisión de las reglas de la doctrina “Campillay”*, por EMILIO A. IBARLUCÍA, ED, 203-388; *La doctrina Campillay. Exégesis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 206-964; *Libertad de expresión artística y derechos personalísimos*, por EMILIO A. IBARLUCÍA, ED, 206-571; *El marco redaccional en el estándar “Campillay”*. *Sobre la neutralidad y la imparcialidad del periodismo en la reproducción de los dichos de otros*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 213-852; *La vigencia de la doctrina “Ekmekdjian”*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 282-680. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Especialista y Magíster en Magistratura y Gestión Judicial. Profesora titular de Derecho Constitucional (UNCuyo). Profesora titular de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal (UM). Jueza del Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Tributario de Mendoza.

(1) Así, por ejemplo, la Constitución de San Juan de 1986 incorpora a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como fuente de derechos implícitos (art. 12); por su parte, la Constitución de Córdoba de 1987 incluye como anexo la Declaración y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la parte declarativa de derechos.

(2) CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 07/07/1992, ED, 148-338; Fallos: 315:1492.

## II. Constitución, tratados y leyes: idas y vueltas jurisprudenciales

La Constitución Argentina de 1853-60 incorporó, en el artículo 31, el principio de supremacía del texto constitucional, incluyendo a las leyes que en su consecuencia dictara el Congreso Nacional y los tratados que firmara con las naciones extranjeras. Sin embargo, no se ocupó de aclarar si la enumeración de las normas que hace supone algún orden de prelación entre ellas.

La respuesta aparecía en lo dispuesto por los artículos 28, 27 y 30 del mismo texto normativo. La Constitución se ubicaba por encima de las leyes y los tratados por su carácter de escrita y rígida (artículo 30), complementándose con el artículo 28 que hace mención a los principios, garantías y derechos que no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, y con el artículo 27 que impone al Gobierno Federal el deber de afianzar relaciones de paz y comercio con los países extranjeros por medio de tratados “que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución”. De ahí que se interpretaba que las leyes y los tratados se encontraban por debajo de la Constitución Nacional.

La relación del derecho interno con el derecho internacional dio lugar a las tesis dualistas y monistas, según se sostuviera o no la primacía del primero sobre el segundo. La jurisprudencia de la Corte Suprema, en este punto, fue vacilante. Así, en 1948, habiendo declarado el estado de guerra contra Alemania y Japón, el Alto Tribunal en posición de mayoría afirmó que “... en tanto se trate de mantener la paz o afianzar el comercio con las potencias extranjeras, la República se conduce dentro de las orientaciones de la teoría ‘dualista’. Pero, cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia –eventualidad no incluida y extraña, por tanto, a las reglas del art. 27– la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político en el trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados. Y si, por la fuerza de las circunstancias cambiantes, ha suscripto tratados que pudieran ser o aparecer opuestos en ciertos puntos concernientes a la guerra con otros celebrados con anterioridad, es indudable de acuerdo a una conocida regla del propio derecho internacional que los de última fecha han suspendido o denunciado implícitamente a los primeros; ese es, por otra parte, un acto de propia soberanía, que no puede ser enjuiciado de ninguna manera”<sup>(3)</sup>.

Con posterioridad, en la década de 1960, la misma Corte Suprema interpretó que no surgía de los artículos 31 y 100 de la Constitución Nacional (artículo 116 luego de la reforma 1994) que corresponda atribuir “... prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos –leyes y tratados– son igualmente calificados como ‘ley suprema de la Nación’, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno”<sup>(4)</sup>. Años después, la Corte ratificó esta tesitura diciendo que se había asentado: “... por interpretación de los arts. 31 y 100 de la Constitución Nacional, el principio de que entre las leyes y los tratados de la Nación no existe ‘prioridad de rango’ y que ‘rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan las anteriores’”<sup>(5)</sup>.

(3) CSJN, “Merk Química Argentina SA c/ Nación”, sentencia del 9/6/1948, Fallos: 211:162.

(4) CSJN, “Martín y Cía. Ltda. SA c/ Administración General de Puertos”, sentencia del 06/11/1963, Fallos: 257:99. Considerando 6. Concluyó “... [q]ue se sigue de lo dicho que rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores”. Considerando 8.

(5) CSJN, “Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación Flandria Algodonera SA”, sentencia del 05/06/1968, Fallos: 271:7. Considerando 11, con cita de Fallos 257:99.

En la década de 1980, en la causa “Eusebio, F. s/ sucesión”<sup>(6)</sup>, reiteró esta posición. En esa ocasión, sostuvo, con remisión al dictamen de la Procuración, que las cláusulas contenidas en el artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica, en el caso con relación a los hijos nacidos fuera del matrimonio, tienen carácter predominantemente programático, y no cabe atribuirles operatividad propia.

De esta forma, la posición imperante en el criterio jurisprudencial, en relación con el problema de las relaciones del derecho internacional y del derecho interno, se mostraba proclive a la concepción con arreglo a la cual el tratamiento y regulación de las normas del derecho internacional remitía la solución del caso al derecho interno<sup>(7)</sup>.

### III. Presupuestos del cambio hacia la suprallegalidad de los tratados

A. Durante la vigencia de esta interpretación jurisprudencial, la Argentina aprobó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 –que entró en vigor en 1980–<sup>(8)</sup>, por la cual, según su artículo 26, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe; mientras que su artículo 27 sujetaba a los firmantes a que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Se materializó así un avance hacia la jerarquización de los tratados sobre las leyes dado el imperativo mandato del artículo 27 citado. No deja de advertirse, por cierto, que este principio se usaba en derecho internacional desde hacía más de una centuria, configurándose su obligatoriedad por aplicación de la costumbre internacional<sup>(9)</sup>.

B. En este camino, con el advenimiento de la democracia en 1983, el Congreso aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>(10)</sup>, en cuyo artículo 1 se establece que los Estados partes “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, obligándose para ello con las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias a tal fin. Junto con ello, el artículo 2 dispone que “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

De tal forma, las medidas legislativas referidas revisan una clara jerarquía subordinada al instrumento internacional. En esta inteligencia, se aporta que “[u]no de los deberes convencionales de mayor importancia para la

armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la normatividad interna, lo constituye la obligación de los Estados nacionales de *adoptar disposiciones de derecho interno*, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales”<sup>(11)</sup>.

Años después, Argentina aprobó el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, reiterándose la subordinación de las medidas legislativas o de otro carácter a la normativa internacional<sup>(12)</sup>.

### IV. Interpretación jurisprudencial clarificadora

En esta evolución, la interpretación que la Corte Suprema sentó, en posición de mayoría, en “Ekmekdjian c/ Sofovich”<sup>(13)</sup>, configuró claramente la suprallegalidad de los tratados.

A. En esta causa, se discutió la operatividad del artículo 14 de la CADH<sup>(14)</sup>; que dispone, en su primer párrafo, que “[t]oda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”. Esta última frase generó el debate en torno a la necesidad o no de reglamentación legal previa, cuya respuesta a favor o en contra, colocaba a las normas legales por sobre los instrumentos internacionales o viceversa, incidiendo directamente en la operatividad de los derechos internacionalmente reconocidos.

La primera posición, es decir, la que subordina los tratados a las leyes, fue sostenida en primera instancia<sup>(15)</sup> para fundar el rechazo del reclamo de Ekmekdjian. Se interpretó entonces que el derecho de respuesta estaba consagrado “en las condiciones que establezca la ley”, razón por la cual el propio tratado inhibiría la autofuncionalidad de la respuesta normada en él, mientras no se reglamentaran sus requisitos sustanciales y se regulara procesalmente su ejercicio. De esta forma, en concordancia con lo resuelto años antes por la misma Corte federal<sup>(16)</sup>, se negó la operatividad del derecho de respuesta.

B. Esta interpretación se modificó en el fallo en comentario a partir del voto de la mayoría. La sentencia comenzó el análisis recordando que la violación de un tratado internacional “puede acacer tanto por el estable-

(11) Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, Comentario al artículo 2 de la CADH, en Christian Steiner y Patricia Uribe (Eds.), *Convención...*, p. 72 (el resaltado es del original). Agregan, con cita a Gross Espiell, que “... mientras que el artículo 1.1 refiere a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y libertades, obligaciones de aplicación ‘directa’ y cuyo incumplimiento genera la consecuente responsabilidad internacional del Estado; el artículo 2 del Pacto de San José ‘agrega el compromiso, en el caso de que los derechos y libertades no estuvieren ya garantizados por el Derecho interno, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias’” (idem, p. 76, el resaltado es del original).

(12) Ley 24.658, del 19 de junio de 1996 (BO 17/07/1996).

(13) CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 07/07/1992, Fallos 315:1492. El voto de mayoría lo conformaron los magistrados Mariano A. Cavagna Martínez, Carlos S. Fayt, Rodolfo C. Barra, Antonio Boggiano y Julio S. Nazareno, con las disidencias de Eduardo Moliné O’Connor y Enrique S. Petracchi, Ricardo Levene (h.) y Augusto C. Belluscio.

(14) Miguel Angel Ekmekdjian, lesionado profundamente en sus sentimientos religiosos, inició una demanda de amparo contra Gerardo Sofovich, para que se lo condenara a leer, en el programa televisivo *La noche del sábado*, una carta documento en la que contestaba los dichos de Dalmiro Sáenz, quien, en la audición del sábado 11 de junio de 1988, había expresado frases que Ekmekdjian estimó agraviantes con relación a Jesucristo y a la Virgen María. Como la carta no fue leída, inició una acción de amparo, fundado en el derecho de réplica que, “según su criterio, le concedía el art. 33 CN y el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley 23.054 y vigente para la Argentina desde el depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984” (considerando 2).

(15) El juez de primera instancia desestimó la demanda, decisión que fue confirmada por la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Contra dicho pronunciamiento, el actor dedujo recurso extraordinario, cuya denegatoria motivó una queja ante la Corte Suprema de Justicia, resuelta el 7 de julio de 1992, en el pronunciamiento en comentario.

(16) Se refirió al caso: “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Neustadt Bernardo y otros s/ amparo”, sentencia del 01/12/1988, Fallos: 311:2497 (también publicado en *La Ley*, 1989-C, 18, con comentario de Alice, Beatriz L., “Reflexiones en torno a un caso en que se pretendió ejercer el derecho de réplica”, *La Ley* 1989-C, 17; cita digital: TR LALEY AR/DOC/5183/2001), resuelto por los magistrados Augusto C. Belluscio (según su voto), Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacqué, donde se reiteró el criterio expuesto en el caso: “Costa, Héctor R. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, sentencia del 12/03/1987, Fallos: 310:508 (también publicado en *La Ley*, 1987-B, 269).

(6) CSJN, “Eusebio, Felipe Enrique”, sentencia del 09/06/1987; Fallos: 310:1080 y en JA 1988-I-543.

(7) Véase, entre otros, a Manili, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 159 y ss. También véase, del mismo autor: *Manual Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2012; Moncayo, Guillermo R., “Tratados y leyes de la Nación”, en Sabsay Daniel A. (Dir.) y Manili, Pablo L. (Coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, tomo 3, p. 707.

(8) Mediante la ley 19.865, del 3 de octubre de 1972 (BO 11/01/1973).

(9) Refiere Manili que “... en 1872 en un laudo arbitral emitido en Ginebra en el asunto del buque ‘Alabama’, el tribunal sostuvo: ‘el gobierno de Su Majestad Británica no puede justificarse a sí mismo por no haber observado la diligencia requerida invocando la insuficiencia de medios legales de acción a su alcance’. La Corte Permanente de Justicia Internacional, por su parte, en el caso de las ‘Zonas Francas de la Alta Saboya’ de 1930, dijo que el estado ‘no puede prevalerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales’”. Manili, Pablo L., “La supremacía constitucional en relación al derecho internacional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional”, en Sabsay, Daniel A. (Dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional*, La Ley, 2005, p. 79.

(10) Conforme a la ley 23.054, del 1º de marzo de 1984 (BO 27/03/1984), la Argentina aprobó dicha Convención y reconoció la competencia de la Comisión IDH por tiempo indefinido y de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condiciones de reciprocidad (artículo 2). La vigencia de dicha Convención se produce para la Argentina con el depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984. Sobre la Convención, véase, entre otros: Steiner, Christian y Uribe, Patricia Uribe (Eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, y Bogotá, Colombia, Fundación Konrad Adenauer. Programa: Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014.

cimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado, significando el incumplimiento o repulsa” de la norma de derecho internacional<sup>(17)</sup>.

En esta línea, se hizo hincapié en “[q]ue un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional)”<sup>(18)</sup>.

Luego, sobre la base del artículo 27 de la Convención de Viena, se dijo que esta norma obligaba al Estado argentino a dar primacía a los tratados ante cualquier conflicto con una norma interna, ya que cuando la Nación ratificaba un tratado se obligaba internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo hicieran cumplir, de forma tal que se confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Expresamente, se afirmó: “[e]sta Convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual ‘no existe fundamento normativo para acordar prioridad’ al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. [27] de la Convención de Viena, según el cual ‘Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’”<sup>(19)</sup>.

Se impone “a los *órganos* del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al cumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27”. Refuerza lo dicho con las exigencias de “cooperación, armonización e integración internacionales que la Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por actos de sus *órganos* internos”<sup>(20)</sup>. Aquí asume la Corte su rol de órgano de poder de Estado, puesto que se reconoce como tribunal que debe velar “porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas por actos u omisiones de los otros órganos del Estado”<sup>(21)</sup>.

Como aspecto adicional, resultan por demás interesantes las consideraciones vertidas en torno a que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a modo de antecedente de lo que décadas más tarde se denominaría control de convencionalidad. Así, para resolver el caso a favor de la operatividad de los derechos convencionales, se hizo mención a la Opinión Consultiva OC 7/86 en la que dicho Tribunal se había expedido respecto a los alcances de la frase “en las condiciones que establezca la ley” contenida en el art. 14.1 de la CADH<sup>(22)</sup>.

(17) Considerando 16.

(18) Considerando 17.

(19) Considerando 18. Se expresó al respecto “[q]ue la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno”.

(20) Considerando 19.

(21) Considerando 19.

(22) Con cita de: Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” (arts. 14.1, 1.1 y 2), Serie A, N° 7, p. 13, par. 14. Considerando 22. Al respecto se afirmó

Por último, cabe señalar que la posición de mayoría se ocupó de explicar que este caso guarda “solo analogía formal” con el fallo “Ekmekdjian c/ Neustadt”; de ahí la decisión contraria a la de aquel precedente en torno a la operatividad del derecho de réplica<sup>(23)</sup>.

C. Los votos en disidencia presentan diferencias en las razones por las cuales confirmaron las decisiones de las anteriores instancias y negaron al profesor Ekmekdjian el derecho de réplica.

1. El voto de los magistrados Petracchi y Moliné O’Connor no se explayó sobre la jerarquía de los tratados con relación a las leyes, por entender que no es una cuestión en conflicto<sup>(24)</sup>. Los jueces coincidieron con la posición de mayoría en cuanto a la operatividad del derecho de réplica sostenida en la diferenciación entre los tratados en general y los de derechos humanos en particular<sup>(25)</sup>. Estos últimos establecen derechos que —se presume— pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna, con fundamento en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del derecho internacional de los derechos humanos<sup>(26)</sup>. No obstante, se negó al profesor Ekmekdjian la legitimación para ejercer el derecho de rectificación o respuesta, dado que entendieron que no hubo una alusión personal y directa. Con ello, se fulminó su utilización para refutar ataques genéricos a creencias o a valores<sup>(27)</sup>.

2. El voto del magistrado Levene (h.) coincidió en la falta de legitimación del actor para interponer la presente demanda; entendió que extender el derecho de réplica al campo de las opiniones, críticas o ideas importaría una interpretación extensiva de tal derecho que lo haría jurídicamente indefinible y que colisionaría con los principios sobre libertad de prensa consagrados constitucionalmente<sup>(28)</sup>. Sin perjuicio de ello, reconoció que el derecho de rectificación o respuesta, contenido en el artículo 14.1 de la CADH, se encuentra en condiciones de ser tutelado por esa Corte, pese a la ausencia de reglamentación legislativa, dada la descripción suficientemente concreta de los supuestos de hecho en ella contemplados<sup>(29)</sup>.

3. Por último, el voto del magistrado Belluscio negó operatividad directa al derecho en cuestión, mientras la ley referida en el artículo 14.1 de la CADH no fuera dictada. En esta línea, el juez citó su voto en la causa entablada contra Bernardo Neustadt para concluir que mientras ello no ocurra —cuestión esta de política legislativa, ajena a los órganos jurisdiccionales—, rige el principio de reserva consagrado por el artículo 19 constitucional, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda<sup>(30)</sup>. Coincidió con las demás disidencias en cuanto a la falta de legitimación del actor, sosteniendo ello en que no ha sido aludido, agraviado ni directamente afectado por las expresiones impugnadas, requisito de aplicación del derecho invocado<sup>(31)</sup>.

D. A modo de cierre, el fallo en comentario, en cuanto posicionó a las convenciones internacionales por sobre las leyes, patentizó un doble fundamento. El de orden interno: cuando recordó que las normas constitucionales colocan en manos del Ejecutivo y del Legislativo la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico, de ahí que, como actos complejos federales, no puedan ser modificados solamente por voluntad legislativa. Y de orden

que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”; de allí que se refirieron a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, que pueden determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto.

(23) Consideraron que la diferencia estaría dada porque “[n]o se trata pues de una cuestión vinculada con juicios públicos sobre materias controvertibles propias de las opiniones, sino de la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan lo más profundo de su personalidad por su conexión con su sistema de creencias”. Considerandos 26 y 27.

(24) Considerando 26.

(25) Refirió que “[e]l fundamento jurídico de esta posición reside en que los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios”. Considerando 14.

(26) Considerando 15.

(27) Considerando 24.

(28) Considerandos 21 y 22.

(29) Considerandos 8, 10 y 11.

(30) Considerando 5.

(31) Considerando 6.

externo: en tanto se puntualizó la obligación de cumplir los compromisos convencionales asumidos, lo que confiere primacía al derecho internacional convencional sobre la legislación interna. Por último, exhibió el rol que le cabe también a la Corte Suprema, como órgano de poder en esta temática, que debe velar por que las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas por actos u omisiones propias de los otros órganos del Estado. A favor de lo resuelto, la Convención Constituyente de 1994 perpetuó sus aportes en el primer párrafo del inciso 22, del artículo 75, de la Constitución Nacional.

**VOCES:** DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO NACIONAL - RELIGIÓN - CULTO - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHO INTERNACIONAL - TELEVISIÓN - PRENSA - LIBERTAD DE PRENSA - DERECHO DE RESPUESTA - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - LEGITIMACIÓN PROCESAL - DERECHO DE RÉPLICA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER LEGISLATIVO

## “Ekmekdjian”: a treinta años de un fallo trascendente

por RODOLFO CARLOS BARRA<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. – I. LOS HECHOS DEL CASO. – II. LIBERTAD DE PRENSA Y DERECHO DE RECTIFICACIÓN O RESPUESTA. – III. DIGNIDAD HUMANA Y LIBERTAD RELIGIOSA. – IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRATADOS Y LA CUESTIÓN DE LA FALTA DE REGLAMENTACIÓN LOCAL. – V. LA OPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 14.1 DE LA CADH. – VI. LA LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR Y LA VÍA INTENTADA. – VII. “EKMEDJIAN”, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

### Introducción

Haber integrado la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el más grande orgullo que, como jurista, he tenido en toda mi vida (el que, seguramente, no podrá ser igualado por otro, no solo por mi edad –gran usurera de las oportunidades– sino porque no puede haber otro semejante). Estoy orgulloso de mis compañeros de Tribunal, de mis colaboradores, de la tarea que cumplimos juntos. Por supuesto, estoy agradecido por la confianza que el presidente Menem y el Senado de la Nación depositaron en mi persona.

“Los jueces hablan por sus sentencias” es la no por muy repetida menos cierta frase que siempre circula en los foros. De la lectura de tales sentencias –me refiero a las emitidas durante los cuatro años en los que me desempeñé como miembro de la Corte Suprema, pero el comentario vale también para los períodos posteriores– debe resultar la valoración científico-jurídica de la tarea cumplida, como también –¿por qué no, tratándose de la Corte

Suprema?– de su valoración política. Claro está que no se trata de “política partidaria”, circunstancial por naturaleza, sino de la “política arquitectónica” o de conducción o gobierno, que interpreta, desarrolla y aplica en el tiempo los valores definidos en la Constitución, tal y como concibieron el rol del Tribunal los redactores de la Constitución estadounidense de 1787 y de la nuestra de 1853, las que, felizmente, continúan hoy vigentes.

Entre aquellos motivos de orgullo se encuentra el fallo *in re* “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992<sup>(1)</sup>, que comentaré brevemente en los párrafos que siguen. Creo que puedo hacerlo a pesar de que, por ello, pueda imputárseme carencia de neutralidad científica. Es que, en realidad, los textos más sustanciosos y sustanciales de “Ekmekdjian” se deben a la pluma (me permito develarlo, dado el tiempo transcurrido) de los jueces Fayt y Boggiano; el primero un destacado estudioso en materia de libertad de prensa y el segundo el más importante especialista argentino en derecho internacional<sup>(2)</sup>.

“Ekmekdjian” puede ser comentado desde diversas perspectivas: libertad de prensa, libertad religiosa, derecho de rectificación o respuesta, derechos de incidencia colectiva, jerarquía normativa de los tratados internacionales, amparo colectivo, entre las principales. Fue también un fallo que influyó mucho, como lo veremos luego, en algunas de las más importantes incorporaciones al texto de la Constitución Nacional efectuadas por la Convención Constituyente de 1994, de la cual participamos dos de los integrantes de la mayoría en “Ekmekdjian”<sup>(3)</sup>.

### I. Los hechos del caso

En un programa televisivo, de gran popularidad, se vertieron expresiones soeces, agraviantes y burlonas con relación a Jesucristo y la Virgen María, especialmente en lo que respecta a la concepción virginal de Nuestro Señor. El doctor Miguel Ángel Ekmekdjian invocó su calidad de católico practicante<sup>(4)</sup> e intimó a los responsables del programa a los efectos del ejercicio del derecho de “rectificación o respuesta” (DDR), consagrado por el artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cuyo texto es el que sigue: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

Contra la negativa del intimado, Ekmekdjian inició una acción de amparo fundada en la norma convencional antes citada, la que fue rechazada por dos razones principales: 1) falta de operatividad del artículo 14.1 de la CADH, en razón de no haber sido sancionada la ley prevista en la

(1) ED, 148-338; Fallos: 315:1492.

(2) La mayoría en “Ekmekdjian” se integró con los jueces Cavagna Martínez, Barra, Fayt, Nazareno y Boggiano. Hubo tres grupos de disidencias: una formada por Petracchi y Moliné O’Connor, otra por Levene (h.) y otra, también solitaria, por Belluscio. “Ekmekdjian” es también un ejemplo demostrativo, entre otros muchos fallos, de la falsedad del relato político-mediático de la “Corte adicta” o de la “mayoría automática”.

(3) Cavagna Martínez y Barra, naturalmente ya fuera de la Corte en ambos casos.

(4) El doctor Ekmekdjian, ya fallecido, era un distinguido jurista, dedicado especialmente al derecho constitucional.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Un fallo sobre derecho a réplica que pone en mora al Congreso*, por ALBERTO BIANCHI, ED, 148-339; *El “adentro” y el “afuera” del derecho de réplica*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 148-348; *La supremacía constitucional y los tratados internacionales*, por HORACIO SÁNCHEZ PARODI, ED, 158-1055; *Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994*, por DANIEL EDUARDO VICENTE y JORGE LUIS RODRÍGUEZ, ED, 163-911; *La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos*, por FERNANDO BARROSO, ED, 163-922; *La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución argentina*, por ARIEL DULITZKY, ED, 163-936; *Preeminencia del derecho a la intimidad, sobre la libertad de informar*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-110; *En otro fallo sobre libertad de prensa. Practicidad y congruencia*, por GERARDO ANCAROLA, ED, 172-459; *Razonable limitación de la libertad de prensa*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-550; *Libertad de Prensa*, por ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ, ED, 172-1003; *Otra vez la libertad de prensa se enfrenta con el derecho al honor*, por MIGUEL ÁNGEL EKMEDJIAN, ED, 174-160; *El fin y los medios (El standard de la malicia real en la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas)*, por VÍCTOR BAZÁN, ED, 179-256; *La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos*, por RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, ED, 180-1383; *Constitucionalidad y extensión del derecho de rectificación o respuesta. Análisis del caso “Petric c. Página 12”*, por JULIO CÉSAR RIVERA, ED, 181-1098; *Imposibilidad de separar lo “informado” de lo “comentado u opinado”*, por MIGUEL M. PADILLA, ED, 182-187; *La responsabilidad civil de los medios de comunicación y la precisión de las reglas de la doctrina “Campillay”*, por EMILIO A. IBARLUCÍA, ED, 203-388; *La doctrina Campillay. Exégesis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 206-964; *Libertad de expresión artística y derechos personalísimos*, por EMILIO A. IBARLUCÍA, ED, 206-571; *El marco redaccional en el estándar “Campillay”. Sobre la neutralidad y la imparcialidad del periodismo en la reproducción de los dichos de otros*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 213-852; *La vigencia de la doctrina “Ekmekdjian”*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 282-680. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Convencional constituyente en 1994. Exjefe de la Corte Suprema. Profesor emérito de la Facultad de Derecho (UCA). Correo electrónico: [rbarra47@gmail.com](mailto:rbarra47@gmail.com).



última parte de la norma trascripta, y 2) ausencia de legitimación del amparista por carecer de un derecho subjetivo, como el mismo actor lo había reconocido en la demanda, pues había alegado lo que él denominó un interés de carácter difuso.

Contra tal decisión, el actor interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema, cuyo resultado le fue favorable por las razones que se expondrán seguidamente<sup>(5)</sup>.

## II. Libertad de prensa y derecho de rectificación o respuesta

Desde su primer argumento de fondo (considerando 6°), la sentencia hace honor a la tradición jurisprudencial de la Corte, de absoluta defensa de la libertad de prensa<sup>(6)</sup>, que es: 1) condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y para formar una opinión pública vigorosa; 2) adecuado instrumento de ordenación política y moral de la Nación. Por ello, “Ekmekdjian” repite la afirmación del Tribunal en el clásico “Abal, Edelmiro, y otros c/ Diario ‘La Prensa’” (1960): “Entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de la prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal...”, la libertad de prensa implica la protección de la “propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica”<sup>(7)</sup>.

Pero la libertad sin responsabilidad conduce a la vigencia de la ley del más fuerte que, en este caso, por supuesto, no es el individuo. Nuestro sistema constitucional se funda en el criterio, tan correctamente expuesto por la Corte federal norteamericana, de la “libertad ordenada”<sup>(8)</sup>, que incluye los principios del “no dañar a otro” y el de la complementariedad entre derechos y obligaciones.

En definitiva, el planteo del actor en “Ekmekdjian” radicó en su derecho a no ser dañado (en sus íntimos sentimientos religiosos, constitutivos de su mismo honor y dignidad personal) y, de serlo, obtener una reparación condigna que, en el caso, era además beneficiosa para la difusión y discusión pública de las ideas, componente esencial de la misma libertad de prensa.

Es así entonces que, como lo advierte el cons. 7° de la sentencia, el núcleo de la cuestión reside en resolver “... la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona en cuanto lesiona el respeto a su dignidad, honor e intimidad; y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido por medio de la prensa, la radio y la televisión”, a las que hoy se deben agregar las plataformas sociales en red.

En “Ekmekdjian” se buscó armonizar dos derechos constitucionales, aunque a través de un instrumento en aquel momento solo mencionado en la CADH, norma internacional cuya ubicación en nuestro ordenamiento jurídico no estaba todavía, para muchos, del todo clara (véase cons. 6°). Es cierto que, según la doctrina tradicional de la Corte, todos los derechos constitucionales son de igual jerarquía, y así, ante la eventualidad de una colisión circunstancial, deben ser objeto de una interpretación “integrativa”. Pero también es cierto que, como resulta del Preámbulo constitucional, la comunidad política existe para realizar el Bien Común (que es su causa final) y este es para ser distribuido (en protecciones, garantías, prestaciones, etcétera) a cada uno de sus miembros, a cada hombre y mujer en concreto (quienes son la causa eficiente de la comunidad): el Preámbulo, que es la principal guía para la interpretación finalista de la Constitución<sup>(9)</sup>,

(5) De no aclarar otra cosa, al referirme a “Ekmekdjian” (o “el fallo”, o “la sentencia”) estaré siempre haciendo mención a la decisión mayoritaria. Lo mismo cuando, sin aclarar, cite el “considerando” o “cons”.

(6) Creo que así corresponde iniciar este comentario, no solo por opción metodológica, sino como tributo personal a la libertad de prensa.

(7) Sentencia del 11/11/1960, Fallos: 248:291, cons. 25.

(8) El concepto aparece utilizado por primera vez en la pluma del legendario Justice Cardozo, en *Palko vs. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), para luego ser repetido en innumerable cantidad de fallos.

(9) Increíblemente, la Corte (con una integración totalmente diferente a la de “Ekmekdjian”) en el caso “FAL” (Fallos: 335:197, sentencia 13/3/2012), que abrió las puertas a la despenalización del aborto, cometió un grave error jurídico (en realidad, en ese fallo, cometió varios, y muy graves) al quitarle trascendencia al Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU), la que, conforme con la reforma constitucional de 1994 (artículo 75, inciso 22), es, con la ley que le otorgó vigencia, número 23.849, BO 22/10/1990, norma constitucional. Así entonces la citada Convención es, para la República Argentina, un conjunto normativo complementario de la Constitución y su Preámbulo es, entonces y en el punto, *complementario del Preámbulo de 1853*. Recordemos que el Preámbulo de la Convención sobre

prescribe que su razón de ser consiste en la realización del Bien Común —“... afianzar la justicia [...] promover el bienestar general...”, y su distribución “... para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”<sup>(10)</sup>—.

El papa san Juan Pablo II nos recordaba en el número 34 de la “Carta Encíclica *Centesimus annus*”, que hay derechos *no transables*; por tanto, inalienables, absolutos, que son los que resultan de la condición de ser humano, del hombre por ser hombre. Entre estos derechos inalienables y esenciales se encuentra el del respeto por la dignidad (cons. 7°). Esta razón seguramente fue la tenida presente por la Corte cuando afirmó que “*no puede quedar la personalidad humana a merced del poder de los medios*” (cons. 28, destacado agregado).

“Ekmekdjian” considera aquí al “poder de los medios” como un elemento social disfuncional cuando se lo utiliza, no como instrumento indispensable para afianzar la libertad, la democracia, las posibilidades de informarse, de elegir, es decir, de afianzar la justicia para el bien de todos los hombres (véase cons. 6°) sino para agredir la dignidad, honor e intimidad de los individuos (véase cons. 7°).

Con cita a su similar estadounidense, la Corte advierte que, en la actualidad, con el adelanto de los medios técnicos de difusión y la concentración de ellos en muy pocas manos (ambos procesos tuvieron una multiplicación exponencial desde “Ekmekdjian” a la fecha). De ese modo, la Corte trae a colación lo dicho en el caso *Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo*, 418 US 241 (1974), cuyos párrafos transcribe, acerca del peligro que acecha a la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, pues el llamado “mercado de ideas” hoy se ha transformado en un “[...] monopolio controlado por los dueños del mercado” (cons. 9°).

Destaca “Ekmekdjian” que “[s]e manifiesta así un injusto reparto de los poderes sociales que exige ser corregido a través de mecanismos razonables y apropiados” (cons. 8°), porque “[...] frente a los avances y al uso que se dé a los medios de comunicación no parece inapropiado considerar que el porvenir de la sociedad contemporánea depende del equilibrio entre el poder de los medios y la aptitud de cada individuo de reaccionar ante cualquier intento de manipulación” (cons. 12). Insisto: la extraordinaria influencia de las denominadas “plataformas sociales”, monopolizadas por empresas comerciales carentes de neutralidad ideológica<sup>(11)</sup>, le da un tinte casi profético a aquella advertencia de la Corte Suprema.

los Derechos del Niño (CDN) proclama la siguiente finalidad: “[...] ‘el niño [...] necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’” (con transcripción de la Declaración de los Derechos del Niño).

(10) El Bien Común “[...] abarca todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección”, S.S. Juan XXIII, “Carta Encíclica *Pacem in terris*”, del 11/4/1963, número 58, el resaltado es del original. Es que “[...] la índole social del hombre demuestra que el desarrollo de la persona humana y el crecimiento de la propia sociedad están mutuamente condicionados, porque el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana [...]” tal como lo expone la “Constitución Pastoral. *Gadium et spes*. Sobre la Iglesia en el mundo actual”, del 7/12/1965, número 25 (el resaltado aquí es añadido).

(11) ¿Estamos en presencia de una nueva forma de capitalismo, sin duda más alienante que los que lo han precedido, que algunos denominan “capitalismo de plataformas”? También existe el peligro (ya actual y activo) de la manipulación de datos, con un nuevo y sofisticado “Gran Hermano”, como se analiza en Zuboff, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*, Nueva York, Public Affairs, 2019. Las plataformas ejercen un monopolio informático que no solo tiene finalidades lucrativas (el comercio de datos) sino también fuertemente ideológicas. En *The New York Times* del 31 de mayo de 2022 se da cuenta de una disputa judicial en la que la “plataforma” *NetChoice* cuestiona una reciente ley del estado de Texas que prohíbe a aquellas la remoción de *posts* basada en las perspectivas (ideológicas, religiosas, políticas, etcétera) que en ellos se expresan. Véase la reciente decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *NetChoice v. Paxton*, 596 U.S. \_\_\_\_ (2022); algo similar ocurre en otro caso iniciado en el estado de Florida: *Netchoice LLC, et al. v. Attorney General, State of Florida, et al.* U.S. Court of Appeals, Eleventh Circuit, *case number*: 21-12355. Véase: Liptak, Adam. “Supreme Court Blocks Texas Law Regulating Social Media Platforms”, *The New York Times*, 31/5/2022. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/05/31/us/politics/supreme-court-social-media-texas.html> (consultado el 18/6/2022).

Si bien deberían cuestionarse los mensajes de odio y otros por razones de moralidad (especialmente si pueden llegar a los niños) la pretensión de las plataformas (hoy uno de los medios principales de expresión y difusión de las ideas) parece estar dirigida a imponer su propio punto de vista, a costa de la censura de los otros. Es también una forma moderna de prohibir la rectificación o respuesta que, claro, no existía en los tiempos de “Ekmekdjian”, aunque aquí también

Uno de aquellos “mecanismos razonables” y apto para ser utilizado por cualquier individuo es el que el legislador regional en materia de derechos humanos concibió como la “rectificación o respuesta”. En 1994, tal instrumento, además de importar una obligación de nuestro país ante la comunidad americana, *se convirtió en un derecho que la Constitución garantiza a todos los sujetos que por ella se rigen*.

¿La rectificación o respuesta limita el ejercicio de la libertad de prensa? Podría sostenerse que sí desde un punto de vista pasivo —el derecho a no publicar— pero enriquece el debate público de las ideas, sin perjuicio de tratarse de una cuestión que el propietario del medio debió haber tenido en cuenta al efectuar la publicación susceptible de caer dentro de los alcances del artículo 14.1, CADH, que, ahora, es complementario (es decir, perfecciona, ya que el complemento es lo que lleva a la cosa complementada a su plenitud) de los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional.

Si fue el medio el que abrió ese debate, es de estricta justicia que lo haga con *fairness*, como diría Rawls, de modo que queda firme la salvedad que la misma Corte expresó en el cons. 13: “... hay coincidencia universal de que el mismo (la rectificación o respuesta) no puede ser reconocido a partidos o ideologías políticas para evitar que paralice la función esencial que cabe a la prensa en un país que comulga con ideas democráticas”.

### III. Dignidad humana y libertad religiosa

Profesar tal o cual religión, o ninguna, hacerlo en la esfera íntima o de manera pública son libertades que el hombre conquistó no sin terribles dolores y derramamientos de sangre, sobre lo que la Iglesia católica, por ejemplo, ha pedido perdón por la responsabilidad que le toca. Aquellas libertades integraron el contenido del así denominado “constitucionalismo”, como movimiento político-ideológico iniciado en los finales del siglo XVIII, con las revoluciones americana y francesa. Nuestra Constitución los proclamó ya en 1853 (artículo 14) y, además de que constituye un capítulo principal del sistema internacional de derechos humanos, del que formamos parte, es por ellos complementada o perfeccionada a través de las distintas normas convencionales sobre derechos humanos, que el constituyente de 1994 incorporó al texto constitucional como artículo 75, inciso 22.

Recordemos que el caso que llegó a la Corte Suprema (“Ekmekdjian”) se generó en una burla ofensiva (no en una argumentación teológica, filosófica, sociológica, etcétera) de aspectos de importancia sustancial para los católicos. Así lo señala el considerando 25, en cuanto destaca que se trató de “... una ofensa de gravedad sustancial, es decir, no una mera opinión disidente con la sostenida por el afectado, sino de una verdadera ofensa generada en una superficial afirmación sin siquiera apariencia razonable de sustento argumental”; en otras palabras, una mera farsa circense agravante de un sentimiento religioso “que encuentra en nuestra sociedad sustanciales raíces culturales e institucionales”.

La libertad religiosa (insisto, libertad de creer lo que nazca de la propia conciencia, incluyendo el no creer en religión alguna, o el ateísmo liso y llano) hace a la misma dignidad humana, de manera que “su ofensa afecta la honra personal” (cons. 25).

Detengámonos en la burla, pero en la burla pública, difundida por la televisión, o por otros medios incluso más invasivos (para bien o para mal). Aquella, de ser mantenida, genera un estereotipo del burlado, como alguien tonto, ridículo, digno de risa por quienes lo rodean. Obstaculiza, indudablemente, la libre profesión y culto público de la religión, genera discriminación y conduce a una disminución de la autoestima del sujeto que la sufre<sup>(12)</sup>, que, para

la Corte hizo una declaración premonitoria (reitero la transcripción): “Así entonces, frente a los avances y el uso que se dé a los medios de comunicación no parece inapropiado considerar que el porvenir de la sociedad contemporánea depende del equilibrio entre el poder de los medios y la aptitud de cada individuo de reaccionar ante cualquier intento de manipulación” (cons. 12, último párrafo).

(12) Hace unos años atrás asistí en Buenos Aires a una exposición (creo recordar que estaba organizada por una importante institución judía argentina, con motivo de la memoria sobre el Holocausto). En fin, entre otros materiales, exhibía publicaciones de principios del siglo XX, originadas en diversos países europeos, en su mayor parte dibujos caricaturescos ofensivos de personas judías. Poco tiempo después la persecución antisemita llegó al colmo del horror que conocemos. Esta comenzó en Alemania, y luego en los países ocupados, con medidas discriminatorias que, espantosamente, no provocaron ninguna

no ser despreciado por el entorno, ocultará o renunciará a sus creencias, casi tanto como si fuese amenazado con la cárcel o con la muerte. Quizás los creyentes encuentren más disposición al martirio, en tales casos, que frente a la ridiculización paulatina, constante y sistemática de la creencia religiosa de que se trate. Desde esta perspectiva (solo desde esta perspectiva) cabe alegrarse de que en tiempos de Nerón no existiera la posibilidad de llevar esta clase de campañas mediáticas.

En tales condiciones “la ofensa afecta a la honra personal”, que es “uno de los derechos subjetivos que mayor protección debe recibir por parte del ordenamiento jurídico”<sup>(13)</sup> (cons. 25) y fue así considerado por la Corte, en el caso, por la intensa incidencia que la religión (o su ausencia) tiene, entre otras cosas, sobre la propia personalidad, los valores familiares, la educación y formación. Es que la libertad religiosa es una libertad de libertades; esto es, un derecho cuyo libre ejercicio es condición del goce de otras libertades<sup>(14)</sup>, ya que quien no es libre para honrar y rendir culto a su fe, o sostener su no creencia o indiferencia (en cualquier caso, se trata de un sentimiento de profunda incidencia sobre la personalidad) no puede más que sentirse degradado, humillado, en su dignidad. En estas condiciones el individuo difícilmente pueda considerarse a sí mismo como un ser libre<sup>(15)</sup>. Por otra parte, quien es ridiculizado en los medios masivos de difusión por razón de sus creencias religiosas, ya sea en su propia persona o bien por la ofensa y burla de sus creencias, es impedido “de profesar libremente su culto”, en flagrante contradicción con el artículo 14, de la Constitución Nacional.

El derecho de rectificación y respuesta es un medio civilizado, jurídico, controlado (por el juez de la causa), además de enriquecedor del debate —del “mercado de ideas”—, para, precisamente, responder, *pacíficamente*, a tales ataques contra la libre profesión de la propia fe religiosa<sup>(16)</sup>.

importante reacción social internacional (no fue por esta discriminación que estalló la Segunda Guerra) sobre una población que había sido permanentemente bombardeada con el estereotipo maligno que se había inventado, ya vigente incluso como dato cultural. Como sabemos, a la befa y a la discriminación las siguieron los campos de exterminio. Sin embargo, la burla antisemita no es cosa del pasado. Así, el diario madrileño *El País*, del 22 de junio de 2022, da cuenta del retiro de la obra del colectivo indonesio Taring Padi de la exposición de arte contemporáneo Documenta (Berlín), a causa de su contenido antisemita: “La obra muestra una escena apocalíptica de guerra civil con manifestantes demonios, ángeles y policías bajo un encabezado en el que se lee: ‘La justicia del pueblo’. Entre la masa de personajes llaman la atención dos figuras. Una es un policía con cabeza de cerdo que luce una estrella de David y que lleva escrito Mossad [...] La otra muestra a un hombre con colmillos de vampiro, rizos a ambos lados de la cabeza, ojos inyectados en sangre y una kipá, que claramente caricaturiza a un judío ortodoxo. Lleva una gorra en la que se lee SS, el cuerpo elite de la Alemania nazi”. Es como volver a los años 30 del siglo pasado. Sevillano, Elena G. “Polémica antisemita en la Documenta: cubren con tela negra un mural que incluye figuras ofensivas para los judíos”, *El País*, 22 de junio de 2022, disponible en: <https://elpais.com/cultura/2022-06-22/polemica-antisemita-en-la-documenta-cubren-con-tela-negra-un-mural-que-incluye-figuras-ofensivas-para-los-judios.html> (fecha de consulta 22/6/2022).

También recuerdo que, hace no muchos años atrás, era común ver en los programas cómicos de la televisión, siempre en nuestro país, la burla caricaturesca del homosexual, también un estereotipo perverso. Sin duda, este verdadero martilleo cultural (hoy felizmente desaparecido) fue una importante causa justificante e impulsora de la discriminación sufrida por las personas homosexuales.

(13) Es de destacar la importancia y jerarquía que “Ekmekdjian” otorga a la honra personal, es decir, la valoración social de la persona que incide sobre la autoestima, constitutivo de la dignidad y, por tanto, de la libertad.

(14) No ha sido “Ekmekdjian” la única ocasión en la que la Corte ejerció una fuerte defensa de la libertad religiosa. Entre estos precedentes, por su cercanía temporal con “Ekmekdjian”, por la composición del Tribunal y por tratarse de una situación que involucró a una confesión distinta de la católica, me permito citar el caso “Bahamondez” (Fallos: 316:479, 6/4/1993); véase especialmente el voto concurrente de Fayt y Barra y la disidencia de Cavagna Martínez y Boggiano.

(15) Es que su libertad estará condicionada o restringida en uno de sus contenidos esenciales, la libertad religiosa. El individuo, humillado en su fe, será así una especie de persona de segunda categoría, merecedor de burlas y desprecio. ¿Qué quedará de la dignidad humana?

(16) Todos recordamos la respuesta terrorista contra el semanario parisino *Charlie Hebdo*, que había publicado burlas contra Mahoma y la religión islámica. El ejercicio del derecho de rectificación y respuesta puede muy bien ser una válvula de escape frente a la indignación que la burla a su fe genera en cualquier persona digna. De cualquier modo, en el caso *Charlie Hebdo* los terroristas solo encontraron la excusa que buscaban para cometer su demencial atentado que les costó la vida a doce empleados de la revista, más un oficial de policía. Los terroristas son exactamente eso, terroristas asesinos, cualquiera sea la excusa que utilicen.

#### IV. La naturaleza jurídica de los tratados y la cuestión de la falta de reglamentación local

De acuerdo con el artículo 14.1 de la CADH el derecho a la rectificación o respuesta debe ejercerse “en las condiciones que establezca la ley”. Esta ley, a la época de la sentencia, no había sido dictada, omisión que todavía continúa, a pesar de “Ekmekdjian” y de la calidad de norma constitucional que el citado artículo 14.1 ha adquirido a partir de 1994.

Esa previsión de la CADH no es diferente de la contenida en el artículo 14 de la Constitución Nacional, desde 1853 a la fecha: los derechos se ejercen conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio. Claro que, por ejemplo, la eventual ausencia de una ley reglamentaria del ejercicio del derecho a la libertad religiosa no puede autorizar a la prohibición de un culto de ninguna manera atentatorio del orden y la moral pública (artículo 19 de la Constitución Nacional); o la prohibición de su difusión por los medios, entre otras. En tal hipotético caso, estaríamos ante la violación de un derecho constitucional, con o sin ley que lo reglamente.

No tiene por qué ser distinta la situación del derecho de rectificación y respuesta, que, como la acción de amparo (en sus orígenes locales, de total creación pretoriana, por la Corte Suprema de Justicia) es una garantía constitucional en beneficio y protección de otros derechos constitucionales.

“Ekmekdjian” afrontó esta cuestión desde la perspectiva del derecho internacional, por cierto, que con gran riqueza argumental.

El punto en cuestión en “Ekmekdjian” consistió en examinar si la disposición contenida en el artículo 14.1 de la CADH (en las condiciones de vigencia establecidas en la ley 23.054<sup>(17)</sup>) “... resulta directamente operativa en nuestro derecho interno o si, por el contrario, es menester su complementación legislativa” (cons. 15°).

Para resolver el problema la Corte comenzó por analizar la naturaleza jurídica y el valor normativo, en particular para nuestro país, de los tratados internacionales, lo que alcanza a las denominadas Convenciones aprobadas por organismos internacionales o interregionales (artículo 5, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, CVDT). En dicho camino argumental se destaca la trascendente declaración de los cons. 17 y 18, a los que remito. Por ello, en el cons. 19, “Ekmekdjian” nos conduce al artículo 27 de la CVDT, que asigna “primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”, o que lo convierta en inoperante<sup>(18)</sup>, o incluso con la omisión del Estado parte en la sanción de disposiciones reglamentarias de la Convención destinadas a su efectiva vigencia local.

Es que el tratado internacional, para nuestro ordenamiento, goza de una naturaleza jurídica especial: es un “acto complejo federal”, como lo califica el cons. 17, esto es, una norma de superior jerarquía necesaria dentro del ordenamiento jurídico, salvo en los casos previstos por el artículo 46 de la CVDT, que podemos sintetizar con la expresión “inconstitucionalidad manifiesta” por falta de “conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (artículo 27 de la Constitución Nacional).

Por ser el tratado, para nuestro ordenamiento, un “acto complejo federal” –integrado, según lo señala el cons. 17, por su conclusión por el Poder Ejecutivo, su aprobación por ley del Congreso, su puesta en vigencia por el Poder Ejecutivo conforme lo exigido en el mismo tratado (por ejemplo, el depósito ante un organismo internacional)– no puede ser derogado por una simple ley. Por el contrario, tal derogación requiere transitar el expreso camino que lleva a la creación de aquel acto complejo, aunque en este caso con la finalidad contraria; es decir, denuncia del tratado, aprobación de la denuncia por ley, promulgación de la ley,

(17) BO 27/3/1984.

(18) El *obiter* en “FAL”, como también la posterior ley 27.610, BO 15/1/2021, de la que “FAL” ha sido el impulso necesario –la ley abortista no hubiese sido posible frente a la doctrina de la Corte en “Portal de Belén” (Fallos: 325:292, 5/3/2002)– son disposiciones del derecho interno que impiden el cumplimiento de la obligación de proteger la vida del niño por nacer que el Estado argentino asumió ante la comunidad internacional en la CADH (ver artículo 4) y en la CDN (ver Preámbulo y artículo 6, principalmente), ambas ahora normas de jerarquía constitucional para el derecho interno, en las condiciones en las que ambas son vigentes (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional); es decir, en las condiciones en las que ambas se han convertido en el “acto complejo federal” que obliga al Estado argentino.

puesta en vigencia de la denuncia (por ejemplo, depósito) según el mecanismo previsto en el tratado. Para aquellos tratados que tienen, en nuestro ordenamiento, jerarquía de norma complementaria de la Constitución, la ley del Congreso deberá ser aprobada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso (artículo 75, inciso 22), ya que supone una reforma constitucional.

#### V. La operatividad del artículo 14.1 de la CADH

La obligatoriedad del tratado, como “acto complejo federal”, alcanza a todas las autoridades de la Nación, o sea tanto al gobierno federal como a los gobiernos de provincia y, dentro de ellos, a los tres “poderes”, incluso al Judicial, el que, al menos en el orden federal, forma parte del Gobierno, es decir, “gobierna”, principalmente a través de sus sentencias (cons. 22).

De esta manera, es responsabilidad del Poder Judicial, y de la Corte Suprema de Justicia en su carácter de máximo tribunal federal, hacer operativo el tratado para el caso concreto, siempre que “... contenga descripciones lo suficientemente concretas...” de los supuestos de hecho que contempla “... que hagan posible su aplicación inmediata”, afirma la sentencia en su cons. 20. Y continúa en el mismo lugar: “Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”.

En virtud de tales premisas, el razonamiento en “Ekmekdjian” no hace más que seguir una línea lógica: 1) se ha difundido a través de un medio dirigido al público en general, un mensaje de contenido agravante para la persona (artículo 14.1, CADH); 2) el ofendido ha solicitado la respuesta, que le fue denegada; 3) por ello inició la acción sumarísima de amparo, diseñada primero por la jurisprudencia de la misma Corte y luego por el legislador para la protección inmediata de los derechos manifiestamente agraviados (cons. 31); 4) la vía del amparo judicial es apta para dar satisfacción al derecho invocado, y cuenta con suficiente reglamentación legal y jurisprudencial.

En definitiva, esta argumentación goza del prestigio de los siglos. Ya la había considerado el fallo, en tanto aspecto fundacional, de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en *Marbury vs. Madison*: “donde existe un derecho y este es agraviado, existe también una acción para la reparación del agravio”<sup>(19)</sup>.

#### VI. La legitimación para accionar y la vía intentada

Para que exista un derecho debe también existir un título. Pues bien, ¿dónde reside tal título en este caso?

Es claro que se encuentra en el artículo 14 de la Constitución Nacional. Pero el punto, esgrimido en el caso por las instancias anteriores, es que el ataque no se encontró dirigido a la persona del profesor Ekmekdjian, como él mismo lo señaló al admitir que no era titular de un derecho subjetivo y según lo recordó la Corte en el cons. 3°.

Más allá de que recurre, aunque muy “de pasada” a la doctrina norteamericana de los “intereses ideológicos”, que son aquellos que buscan ‘la afirmación de principios morales o religiosos’ [...]” (cons. 25), “Ekmekdjian” adelanta la previsión que dos años más tarde iba a convertirse en una garantía constitucional (artículo 43 de la Constitución Nacional). De ese modo, señala que “en los casos como el presente quien replica asume una suerte de *representación colectiva*, que lleva a cabo en virtud de una *preferencia temporal*...”<sup>(20)</sup>. Con ello se adelanta también a la muy adecuada reglamentación procesal que muchos años después iba a emanar de la misma Corte Suprema, ya con otra composición.

La Corte, en “Ekmekdjian”, admitió como adecuada para la protección del derecho lesionado la vía del amparo. En efecto, recordando a “Siri”<sup>(21)</sup>, reprodujo las palabras de ese fallo para decir que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”<sup>(22)</sup>.

Es que, para proteger esta libertad constitucional esencial (la religiosa) y hacer eficaz la garantía que, entre otras, la protege, ¿qué más adecuado que la acción su-

(19) 5 U.S. 137, 1803.

(20) Cons. 25, destacados agregados.

(21) Fallos: 239:459.

(22) Véase cons. 31 de “Ekmekdjian”.

marísima de amparo? Tengamos en cuenta que la réplica, para tener sentido, requiere inmediatez con relación al agravio. También es posible, obviamente, la interposición de un amparo preventivo, para evitar la consumación de la burla u ofensa, incluso mediante el empleo de una medida precautoria.

“Ekmekdjian” daba así nacimiento, para nuestro ordenamiento, al derecho de incidencia colectiva, como así mismo para su adecuada protección, al que comúnmente se denominará “amparo colectivo”.

## VII. “Ekmekdjian”, la reforma constitucional de 1994 y algunas reflexiones finales

“Ekmekdjian”, casi en su letra expresa, es ciertamente un fallo de anticipación, que ha influido mucho sobre los constituyentes de 1994.

Así, fundamentalmente en la jerarquía normativa de los tratados, de acuerdo con el nuevo artículo 75, inciso 22, que los coloca debajo de la Constitución Nacional, pero por encima de cualquier otra norma, incluso de aquellas que requieren de mayorías especiales para su sanción, siempre que los tratados sean válidos en los términos de los artículos 27 de la Constitución Nacional y 27 y 46 de la CVDT.

Como sabemos, el citado artículo 75, inciso 22, da todavía un paso más en esta construcción de la “pirámide jurídica” de nuestro ordenamiento, porque declara que determinadas convenciones sobre derechos humanos, que allí mismo enumera, como también las convenciones que se agreguen de acuerdo con un procedimiento especial, son normas complementarias de la Constitución y con igualdad de jerarquía. De esta manera, no podrá haber duda de la conformidad de la Convención complementaria de la Constitución de que se trate con los “principios de derecho público” en ella contenidos (artículo 27 de la Constitución Nacional), de modo que se da plena eficacia a la prescripción del artículo 27 de la CVDT.

Otra influencia decisiva de “Ekmekdjian” sobre la reforma constitucional de 1994 se encuentra, como ya hemos visto, en el artículo 43, que permite interponer “acción expedita y rápida de amparo” en protección de “los derechos de incidencia colectiva en general”. La norma de la Constitución reconoce legitimación al “afectado” aunque no fuese titular de un derecho propio y exclusivo (como era el caso del siempre recordado Miguel Ángel Ekmekdjian); pero ahora ampliada también al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines.

Transcurridos treinta años desde la sentencia en “Ekmekdjian” su doctrina continúa resonando, aunque todavía haya oídos que no quieran escuchar. Depende de los creyentes la utilización de estas herramientas legales para impedir la burla y la ofensa a los valores religiosos<sup>(23)</sup>.

**VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO NACIONAL - RELIGIÓN - CULTO - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHO INTERNACIONAL - TELEVISIÓN - PRENSA - LIBERTAD DE PRENSA - DERECHO DE RESPUESTA - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - LEGITIMACIÓN PROCESAL - DERECHO DE RÉPLICA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER LEGISLATIVO**

(23) No es descabellado prever que estos ataques a las creencias religiosas se multiplicarán con el correr del tiempo. En nuestro país hay experiencias al respecto. Es el caso de una muestra, de supuesto arte, que exhibía, en un espacio cultural público, una imagen blasfema de una “Virgen abortera”, cuya suspensión se logró a través de una medida precautoria que fue, de hecho, cumplida por las autoridades con invocación de sus propias competencias de policía administrativa (en autos “Anderegggen, Pedro Javier María y otros c/ EN-M de Justicia DDHH y otro s/amparo ley 16.986”, expediente 14492/2019, que tramitó por ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 10, Secretaría N° 20).

# “Ekmekdjian c/ Sofovich” en el proceso de cambio de las fuentes del derecho

por EUGENIO LUIS PALAZZO<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. LOS CAMBIOS EN LAS FUENTES DEL DERECHO. – II. “EKMEDJIAN C/ SOFOVICH”. – III. LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE RÉPLICA. – IV. LAS TENSIONES ENTRE LOS DERECHOS: “EXPRESIÓN” VERSUS “RÉPLICA”. – V. LA PRIMACÍA DE LO INTERNACIONAL. – VI. REFLEXIONES FINALES.

## I. Los cambios en las fuentes del derecho

A partir del fin de la Segunda Guerra Mundial comenzó un cambio sustancial en el sistema de fuentes del derecho, cuyo eje, desde fines del siglo XVIII, había sido la ley escrita. Dicha transformación se produjo con la multiplicación y revalorización de las fuentes originadas en el derecho internacional, de la reformulación de las relaciones entre los poderes internos (difusión de las autonomías, aparición del semipresidencialismo, etcétera), y de la expansión del control concentrado de constitucionalidad; y se consolidó a partir de renovación de constituciones que se produjo, en buena parte de los estados, desde mediados de los años setenta del siglo pasado<sup>(1)</sup>.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO*: *Un fallo sobre derecho a réplica que pone en mora al Congreso*, por ALBERTO BIANCHI, ED, 148-339; *El “adentro” y el “afuera” del derecho de réplica*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 148-348; *La supremacía constitucional y los tratados internacionales*, por HORACIO SÁNCHEZ PARODI, ED, 158-1055; *Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994*, por DANIEL EDUARDO VICENTE y JORGE LUIS RODRÍGUEZ, ED, 163-911; *La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos*, por FERNANDO BARROSO, ED, 163-922; *La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución argentina*, por ARIEL DULITZKY, ED, 163-936; *Preeminencia del derecho a la intimidad, sobre la libertad de informar*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-110; *En otro fallo sobre libertad de prensa. Praticidad y congruencia*, por GERARDO ANCAROLA, ED, 172-459; *Razonable limitación de la libertad de prensa*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-550; *Libertad de Prensa*, por ADOLFO ROBERTO

El cambio, llega a nuestro país a partir del retorno de la democracia, a comienzos de los años ochenta. Allí se ratifican pactos y convenciones internacionales cele-

VÁZQUEZ, ED, 172-1003; *Otra vez la libertad de prensa se enfrenta con el derecho al honor*, por MIGUEL ÁNGEL EKMEDJIAN, ED, 174-160; *El fin y los medios (El standard de la malicia real en la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas)*, por VÍCTOR BAZÁN, ED, 179-256; *La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos*, por RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, ED, 180-1383; *Constitucionalidad y extensión del derecho de rectificación o respuesta. Análisis del caso “Petric c. Página 12”*, por JULIO CÉSAR RIVERA, ED, 181-1098; *Imposibilidad de separar lo “informado” de lo “comentado u opinado”*, por MIGUEL M. PADILLA, ED, 182-187; *La responsabilidad civil de los medios de comunicación y la precisión de las reglas de la doctrina “Campillay”*, por EMILIO A. IBARUCÍA, ED, 203-388; *La doctrina Campillay. Exégesis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 206-964; *Libertad de expresión artística y derechos personalísimos*, por EMILIO A. IBARUCÍA, ED, 206-571; *El marco redaccional en el estándar “Campillay”. Sobre la neutralidad y la imparcialidad del periodismo en la reproducción de los dichos de otros*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 213-852; *La vigencia de la doctrina “Ekmekdjian”*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 282-680. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Abogado (UCA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional en grado y posgrado de la Facultad de Derecho (UCA). Director del suplemento especial *El Derecho - Constitucional*. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho (UCA). Presidente de la Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura (FECIC). Correo electrónico: [eugenio\\_palazzo@yahoo.com.ar](mailto:eugenio_palazzo@yahoo.com.ar).

(1) Destaqué la existencia de ese quinto momento de la evolución del constitucionalismo en “Ubicación de la reforma de 1994 en la evolución del constitucionalismo”, en *Pensamiento Jurídico, Revista del Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, octubre de 1994; en mis aportes a Bidegain, Carlos María. *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t I, p. 23 y ss.; y en *Las fuentes del Derecho en el desconcierto de juristas y ciudadanos*, Buenos Aires, FECIC, 2004, p. 287. y ss.

brados, varios de ellos, a mediados de los sesenta<sup>(2)</sup>; se afirma el rol legislativo del Poder Ejecutivo a través de los decretos de necesidad y urgencia<sup>(3)</sup>, y la delegación legislativa; la jurisprudencia de la Corte Suprema amplió la libertades civiles<sup>(4)</sup>, las facultades de los territorios nacionales<sup>(5)</sup>, y de los municipios<sup>(6)</sup>; e intentan resurgir las autonomías<sup>(7)</sup>.

El proceso se acelera en la reforma de 1994, cuyo aporte más importante a la teoría general del derecho, fue consolidar e innovar en sus fuentes. Pensarlas, después de 1994, resulta distinto a cómo se podían entender con anterioridad. No porque la reforma haya producido el cambio; se trata de un proceso de innovación anunciado, preparado por la jurisprudencia, anticipado en el derecho comparado. Pero, sin duda, 1994 constituye, para el derecho argentino, el punto de transferencia al plexo normativo-constitucional de tales innovaciones.

Es en este contexto de cambios más generales que debemos abordar, como precursora, la decisión de la Corte Suprema en el caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”, hace treinta años, el 7 de julio de 1992<sup>(8)</sup>. No resulta válido, para comprenderlo, quedarnos en el examen de la relación entre la Constitución y la ley con los tratados, sin advertir los nuevos roles de los principios generales del derecho, de la jurisprudencia, de la costumbre, e incluso de la doctrina; tanto internas como internacionales. Destaqué esta cuestión en diversos trabajos<sup>(9)</sup>, pues se trata de un proceso en continua aceleración, que persistió después de 1994, y prosigue hoy.

Cuando escribí *Las fuentes del Derecho en el desconcierto de juristas y ciudadanos* –ya citado en notas, publicado en 2004, sobre la base de mi tesis doctoral– señalé, en sus primeras páginas, diversas circunstancias muy notorias que permitían comprobar la mutación de las fuentes y el desconcierto al que se refería el título: (i) la creación y expansión geométrica de los decretos de necesidad y urgencia, y la impotencia de la reforma de 1994 para acotarlos; (ii) modificaciones del esquema electoral, como el crecimiento de la abstención, los cuestionamientos a las listas sábanas, la instauración de primarias abiertas,

simultáneas y obligatorias, la ausencia de transparencia, y el rol de la costumbre y la jurisprudencia en todo ello; (iii) la sucesión de presidentes a partir de fines de 2001, la realización de dos Asambleas Legislativas invocando distintas fuentes para regular su sesión, y la tarea de los gobernadores en la crisis; (iv) la inseguridad jurídica en la economía y en las finanzas que nos llevó a cambiar cuatro veces nuestra moneda, que sigue devaluándose, y al cuestionamiento judicial del *corralito*, que originó, en lo cuantitativo, un récord mundial de despliegue del control difuso de constitucionalidad; (v) el nuevo orden internacional, a partir del ataque a los Torres Gemelas de New York, el 11 de septiembre de 2001. Hoy se pueden agregar: (vi) las restricciones dispuestas por la pandemia de coronavirus, donde se concatenaron fuentes internacionales, nacionales (con primacía del Ejecutivo), y locales; y la defensa de la Corte Suprema de estas últimas<sup>(10)</sup>; (vii) el conflicto en torno a la composición del Consejo de la Magistratura, y las intervenciones de la Corte, el Congreso y sus cámaras al respecto; (viii) los reclamos de igualdad y no discriminación, a veces por caminos equivocados (como en algunos temas vinculados al derecho a la vida) y muchos justos (los relativos a las migraciones), y las respuestas de las instituciones ante ellos; (ix) la invasión de Rusia a Ucrania, y las medidas de política y jurisdicciones internacionales para detenerla y castigar los crímenes de lesa humanidad cometidos en ella.

Tales acontecimientos, cuyo impacto lleva al desconcierto, poseen elementos en común, identificables a partir de análisis efectuados desde distintas ciencias. También la del derecho puede aportar diferentes hilos conductores: la preponderancia de los ejecutivos; las desigualdades (culturales, políticas, económicas, pero también jurídicas) que acompañan a la globalización; la prolongación de los conflictos, en razón de que los métodos para resolverlos se han dilatado, o permiten, indefinidamente, replantearlos. Pero la cuestión jurídica, comprensiva de las mencionadas, que ha cambiado sustancialmente y de manera progresiva, es la de las fuentes del derecho. En todos los sucesos relatados se advierten fuentes del derecho que han operado de una manera distinta a la que nos tenían acostumbrados, o era razonable esperar; o actitudes de los protagonistas que no acataron ciertas normas o principios, invocando otros que consideraron más relevantes en la ocasión. Estos cambios reconocen antecedentes a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, pero se configuran en plenitud a partir de mediados de los años setenta del siglo que pasó. En nuestro país, se advierten desde el retorno de las instituciones, en los ochenta; emergen, como conjunto, en la reforma constitucional de 1994; y prosiguen luego de ella.

## II. “Ekmekdjian c/Sofovich”<sup>(11)</sup>

El 11 de junio de 1988, en el programa llamado “La noche del sábado”, producido y dirigido por Gerardo Sofovich, se entrevistó al escritor Dalmiro Sáenz, quien “expresó frases que consideraba agraviantes en relación a Jesucristo y a la Virgen María”, según se consigna en el fallo, en su comienzo (cons. 2º). Ekmekdjian remitió al productor, Gerardo Sofovich, y al canal de transmisión (Canal 2) una carta documento para que su texto se leyera al aire en el mismo programa. Como no obtuvo respuesta, inició una demanda de amparo contra ambos, alegando que los dichos habían lesionado profundamente “su sentimiento de católico cristiano” y porque entendía que le asistía el denominado “derecho a réplica” (o de rectificación o respuesta), contemplado en los arts. 13 y 14 del Pacto de San José de Costa Rica. La demanda se desestimó en primera y segunda instancia, ante lo cual el accionante ocurrió a la Corte Suprema.

Esta admitió la causa, pues se había cuestionado “la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica y la decisión cuestionada resulta contraria al derecho que la recurrente pretende

(2) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, firmada en esa ciudad en 1969, fue aprobada por ley 23.054, de marzo de 1984 (BO 27/3/1984); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en 1979, suscripta por la Argentina en 1980, resultó aprobada por ley 23.179, de 1985 (BO 3/6/1985); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo, que habían sido firmados en el marco de Naciones Unidas, en Nueva York, en 1966, y que fueron aprobados por ley 23.313, de 1986 (BO 13/5/1986); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, adoptada en Naciones Unidas en 1984, aprobada por ley 23.338, de 1986 (BO 26/2/1987).

(3) El decreto 1096/85, del 14 de junio de 1985 (BO 17/6/1985), fue el primero de una larga lista. Estableció una nueva moneda: el austral, y nuevas reglas para el pago de las obligaciones.

(4) Baste citar los casos CSJN “Ponzetti de Balbín”, 1984, Fallos 306:1892; “Arenzón”, 1984, Fallos, 306:400; “Portillo”, sentencia del 18/04/1989, Fallos 312:496; y “Sejean”; 1986, Fallos 308:2268.

(5) CSJN. “Provincia de La Pampa c Provincia de Mendoza”, sentencia del 3/12/1987, Fallos 310:2478.

(6) CSJN. “Rivademar”, sentencia del 21/3/1989, Fallos 312:326.

(7) Las reformas constitucionales provinciales de esos años, que comenzaron con un triunfo en las elecciones presidenciales del radicalismo contrastado por su derrota en muchas provincias, procuran acentuar las facultades locales: se transfirieron competencias que antes ejercía la Nación, como la policía del trabajo, puertos, educación no universitaria; los gobernadores adquirieron mayor peso político; y se fue ampliando la coparticipación impositiva.

(8) ED, 148-338; Fallos 315:1492.

(9) Palazzo, Eugenio L., *Las fuentes del Derecho...*, cit.; y del mismo autor: “Consecuencia para las relaciones jurídicas de los cambios en la conformación y prelación de las fuentes del derecho”, *El Derecho - Diario*, ED 184, 1068 (1999); “Tensiones entre derechos y dispersión de fuentes en la tarea de los jueces”, *El Derecho - Constitucional* noviembre 2005, 702, cita digital: ED-DCCLXVIII-351, y en *Corpus Iuris Regionis, Revista jurídica Regional y Subregional Andina de la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat*, Iquique, Chile n° 6, 2006; “La jurisprudencia de la Corte Suprema como fuente del Derecho en fallos recientes”, *El Derecho - Constitucional*, junio 2007, 302, cita digital: ED-DCCLXIX-515; “La Corte Suprema y las interrelaciones entre las fuentes internacionales del derecho y la Constitución Nacional”, *El Derecho - Constitucional*, octubre 2007, 400, cita digital: ED-DCCLXIX-747; “Los límites del Derecho Constitucional”, en *El Derecho - Constitucional*, agosto 2008, 463, cita digital: ED-DCCLXX-280; “Algunas reflexiones y cuadros sobre las fuentes del derecho referidas a derechos económicos, sociales y culturales, en el desconcierto de juristas y ciudadanos”, *El Derecho - Constitucional*, febrero 2012-283, cita digital: ED-DCCLXXII-874; entre otros.

(10) CSJN. “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 4/5/2021, Fallos: 344:809, que he comentado en Palazzo, Eugenio L. “La Ciudad en la Corte”, en *El Derecho - Constitucional*, mayo de 2021, número 5. Cita Digital: ED-MCCCXVII-492.

(11) Recomiendo la síntesis realizada por Pierini, Alicia, “El fallo que cambió la historia”, en *PensarJusBaires: Revista Digital del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires*, 14/4/2005, disponible en: <https://pensar.jusbaires.gob.ar/ver/nota/40> (fecha de consulta 29/5/2022).

sustentar en aquellas”, es decir, en la terminología Imaz y Rey<sup>(12)</sup>, se había configurado una *cuestión federal simple*.

Los planteos que debió resolver la Corte fueron: (i) si la norma que prevé el derecho de rectificación o respuesta (art. 14 del Pacto) es de naturaleza operativa o programática; (ii) “la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona en cuanto lesiona el respeto a su dignidad, honor e intimidad; y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido por medio de la prensa, la radio y la televisión”; (iii) la “primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan” a su incumplimiento (consid. 19).

La sentencia, a través de la mayoría conformada por Cavagna Martínez, Barra, Fayt, Nazareno y Boggiano, con disidencias parciales de Petracchi y Moliné O’Connor, Levene, y Belluscio, declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada y condenó a Sofovich a dar lectura únicamente a la primera hoja de la carta que le había mandado el actor en “la primera de las audiciones que con ese nombre u otro similar actualmente conduzca”.

### III. La operatividad del derecho de réplica

Cuando la Argentina ingresa al cambio de paradigma constitucional, que se había iniciado al fin de la Primera Guerra Mundial, con la reforma constitucional de 1949, la Corte Suprema recepta la distinción entre normas constitucionales operativas y programáticas, que sujeta a la segunda a la sanción de una ley de aplicación<sup>(13)</sup>. Dos razones podrían llevar a admitir la existencia de preceptos programáticos: (i) cuando sus expresiones requieren de una ley para ponerse en marcha; (ii) cuando ello resulta imprescindible para poder ejercer el derecho (por ejemplo, establecer la organización y financiación de jubilaciones y pensiones). Después de la reforma de 1957, la Corte rechazó ese carácter de varios derechos incluidos en artículo 14 bis, incorporado por ella<sup>(14)</sup>.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 14, inciso 1, dispone: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados o que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”. Las últimas palabras de la norma requieren una ley para establecer las condiciones del ejercicio de este derecho, lo que pudo llevar a considerar este derecho como programático; y así lo había declarado la Corte en un precedente que había iniciado el mismo actor: “Ekmekdjian c/Neustadt”: “el derecho a réplica o respuesta, contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –aprobada por la ley 23.054– no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno, lo cual lleva a rechazar los agravios del apelante en ese punto”<sup>(15)</sup>. Votaron en ese sentido Belluscio, Petracchi y Bacqué, el primero según su voto. El número previsto para la Corte, en ese momento, era de cinco miembros.

Pero en el fallo que nos ocupa, cuando ya se había dispuesto que la Corte tuviera nueve miembros, se expone: “Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”; añade que la “redacción es clara y terminante en cuanto otorga, en las situaciones que allí se describen, el derecho de rectificación o respuesta, aunque remitiendo a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación”. Agrega: “la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art.

1). Ante la consulta hecha a dicho tribunal (...) Llegó a la opinión unánime en el sentido de que [...] que la frase ‘en las condiciones que establece la ley’ se refiere a cuestiones tales como ‘si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc.’ [...] pero que ‘el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído conforme al artículo 1.1.[...] En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por ‘toda persona’ sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención”<sup>(16)</sup>.

A lo antedicho, el voto de Petracchi y Moliné O’Connor adiciona: “es consecuencia de esta distinción la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos [...] el tribunal considera que las normas aludidas establecen derechos que –se presume– pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna [...] La mencionada presunción cede cuando la norma bajo examen revista un carácter nítidamente programático”.

Consagrada así la operatividad del derecho de réplica, debían reglarse diversos aspectos de la respuesta. Lo hace la Corte en el caso, y como no hubo ninguna ley posterior que lo hiciera esa reglamentación impuesta por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, sigue vigente. Señaló que implicaba: (i) “la aclaración razonablemente inmediata y gratuita en el mismo medio, que publicó la información considerada ofensiva, en trámite simple y expeditivo, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles o penales que pudieran corresponder al afectado”; (ii) “la reparación deberá hacerse en el mismo periódico, en el mismo lugar y con los mismos caracteres que la noticia injuriosa. Más aún, si la sola publicación del escrito de retractación fuera insuficiente para reparar el honor del ofendido, se ha considerado, necesario que sea precedido por el comentario, injurioso y que la declaración se refiera a él”; (iii) “la vía sumarísima del amparo elegida por el accionante, ante la negativa del requerido, de difundir la respuesta, resulta adecuada frente a la naturaleza del derecho, que busca ser protegido judicialmente”; (iv) “el espacio que ocupará la respuesta no debe exceder del adecuado a su finalidad, y en modo alguno, debe ser necesariamente de igual extensión y ubicación que el que tuvo la publicación inicial”. Añade: “ello, desde luego, en un contexto de razonabilidad y buena fe, pero evitando una interpretación extensiva del instituto que lo torne jurídicamente indefendible y ponga en peligro el regular ejercicio del derecho de información, pilar básico de las instituciones republicanas (Fallos: 311:2553). En el caso, resulta suficiente con la lectura de la primera hoja de la carta del actor”.

### IV. Las tensiones entre los derechos: “expresión” versus “réplica”

Los conflictos jurídicos pueden ocurrir cuando dos o más personas reclaman la titularidad de un mismo derecho (v. gr., la propiedad de una cosa), cuando uno lo afirma y otro lo niega (reclamo de una deuda al que se opone a su nulidad), o bien cuando de un hecho o acto cada uno de los afectados pretenden que se sigan distintas consecuencias jurídicas, invocando para ello derechos diferentes (la instalación de una planta industrial de procesamiento de materiales peligrosos puede derivar en un conflicto entre el derecho del propietario de usar su terreno y el de los vecinos a un ambiente sano). El art. 4° de la declaración francesa de 1789 señala que “el ejercicio de los derechos naturales no tiene más límites que aquellos que aseguran a los otros miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos [...]”<sup>(17)</sup>.

Entre los derechos existen tensiones en los casos concretos en los cuales cada parte invoca uno distinto, pero también en abstracto, al formular las normas opciones de preferencia o equilibrio entre unos y otros. Así la libertad de establecer de común acuerdo las condiciones de

(12) Imaz, Ricardo y Rey, Esteban, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, Nerva, 1962.

(13) CSJN. Acordada del 31 de marzo de 1949, en LL 54:160, véase también: Frías, Pedro J., “La supremacía de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1951-III, sec. doct., p. 25.

(14) Fallos 254:56 y 224; y 261:361.

(15) CSJN, 1/12/1988. Fallos 311:2497, donde se cita como antecedentes: “Costa, Héctor Rubén c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, sentencia del 12/3/1987, Fallos: 310:508; y “Recurso de Hecho deducido por la demandada en autos Sánchez Abelenda, Raúl c/Ediciones de La Urraca S.A.”, sentencia del 1/12/1988, Fallos: 311:2553.

(16) Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”.

(17) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789.

un contrato individual de trabajo es dejada de lado por la exigencia de someterse a las previsiones de una convención colectiva. En cambio, entre el derecho del autor o inventor a explorar su obra y el de la comunidad a beneficiarse de ella, nuestra Constitución opta por una solución intermedia: la protección temporal de la propiedad intelectual o industrial. Estas tensiones han sido reconocidas por la Corte Suprema en numerosos precedentes en los que expuso “que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación debe armonizarlos”<sup>(18)</sup>; en “Ponzetti de Balbín” indicó que se encontraban en juego “los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad”<sup>(19)</sup> y más explícitamente en “Portillo” advirtió “una suerte de tensión entre derechos y obligaciones consagrados en las dos normas constitucionales citadas, en la medida en que el actor pretende no realizar el servicio de conscripción impuesto por el art. 21, amparándose en el derecho a la libertad de creencias consagrado por el art. 14”<sup>(20)</sup>.

Desde la teoría, se ha mostrado la oposición entre la libertad –cuyo ejercicio nos diferencia en cuanto a la educación, riqueza, prestigio, etcétera– y la igualdad que procura evitar o, cuando menos, atenuar dichas diferencias. Según advierte Duverger, el liberalismo se inclina por la primera, mientras que los socialismos privilegian la segunda<sup>(21)</sup>. No es extraño que, por otra parte, ciertos derechos surgieron como privilegios de unos pocos; esto es, como verdaderas desigualdades; por ejemplo, tal es el caso de la propiedad de los nobles, el voto calificado, la jubilación para algunas categorías (periodistas, ferroviarios, empleados públicos) y luego se han expandido a otros, como fruto de un reclamo de igualdad<sup>(22)</sup>.

Como he dicho alguna vez, “[a]dvertir la tirantez entre los derechos, por un lado contribuye a desechar cierta tentación inflacionaria, generalizada en la literatura contemporánea que pretende incrementar en forma permanente el número y calidad de los derechos, pues la tarea más importante no es esa, sino lograr su adecuado equilibrio”<sup>(23)</sup>.

Los conflictos entre derechos implican también tirantez entre las fuentes que los reconocen. Para resolver entre ellas se pueden emplear distintos criterios: (i) la jerarquía, que implica la superioridad de una fuente sobre otra, por ejemplo entre la Constitución y una ley nacional, pero ella solamente es clara y terminante entre las fuentes del derecho deliberadas<sup>(24)</sup>, unilaterales<sup>(25)</sup>, y provenientes de un mismo emisor<sup>(26)</sup>; (ii) la armonización, que impone buscar una interpretación de los textos que no deje de lado a ninguno de ellos; (iii) la ponderación, que requiere estimar cuál es la fuente más adecuada para solucionar el caso, teniendo en cuenta: (a) preferencias normativas (la libertad de expresión es un derecho privilegiado en la Constitución); (b) su mayor esencialidad para el ser humano (la vida es superior, por ejemplo, a derechos patrimoniales); y (c) las circunstancias del caso. No obstante pueden subsistir tensiones: entre derechos, entre principios, o con otras fuentes del derecho. “No puede esperarse que, ni aun en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de

la magnitud y complejidad que debe afrontar un Estado Constitucional de Derecho”<sup>(27)</sup>.

La Corte, en “Ekmekdjian c/Sofovich”, destacó: “el núcleo de la cuestión a decidir radica en la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona en cuanto lesiona el respeto a su dignidad, honor e intimidad; y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido por medio de la prensa, la radio y la televisión. Es decir, se trata del equilibrio y armonía entre derechos de jerarquía constitucional, y en definitiva, de la tutela de la dignidad humana, en tanto se vea afectada por el ejercicio abusivo de la información. En particular, corresponde decidir si el denominado ‘derecho de réplica o respuesta’ integra nuestro ordenamiento jurídico como un remedio legal inmediato a la situación de indefensión en que se encuentra el común de los hombres frente a las agresiones a su dignidad, honor e intimidad cuando son llevadas a cabo a través de los medios de comunicación social” (consid. 7).

Sobre la primera señaló: “la libertad de prensa, en su acepción constitucional, es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio idóneo para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad de los poderes públicos. En tal carácter es un adecuado instrumento de ordenación política y moral en la Nación” (consid. 6). Pero advierte: “está fuera de discusión que los que manejan los medios de comunicación social –los medios técnicos de información–, ejercen influencia sobre la opinión pública y que el extraordinario poder de sugestión de esas técnicas en la elaboración de estructuras mentales, condiciona la vida humana” (consid. 11, 1er. párr.). Destaca lo bueno: “Por otra parte, nadie puede negar ni desconocer la influencia enorme de signo positivo que han ejercido y ejercen los medios de información y la comunicación colectiva. La humanidad ha entrado en una nueva era iluminada, precisamente, por los progresos técnicos y científicos” (2do. párr.). Pero también que ello “no tiene como contrapartida una mayor responsabilidad por parte de los diarios, empresas editoriales, estaciones y cadenas de radio y televisión, las que se han convertido en colosales empresas comerciales frente al individuo, pues ‘si grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad’ (Fallos: 310:508)” (consid. 12).

Y acerca de la segunda: “entre las técnicas de prevención y de seguridad para evitar, atenuar y reparar los abusos y excesos en que incurren los medios de comunicación se encuentra el ejercicio de los derechos de respuesta y de rectificación”. Recuerda, como un antecedente relevante, el “proyecto de Código de Honor de periodistas de las Naciones Unidas, admitido por una comisión de la Asamblea General de 1952, que estableció en su art. 2º que ‘la buena fe con respecto al público constituye el fundamento de todo periodismo auténtico. Cualquier información que, una vez hecha pública se revelase incorrecta o nociva, deberá ser rectificadada espontáneamente y sin demora. Las opiniones y las noticias no confirmadas serán presentadas como tales y tratadas en consecuencia’” (consid. 13).

La afirmación y los alcances de ambos derechos le permiten concluir a nuestro alto tribunal: “Es decir, que así como todos los habitantes tienen el derecho de expresar y difundir, sin censura previa, su pensamiento –ideas, opiniones, críticas– por cualquier medio de comunicación; así también todo habitante –que por causa de una información inexacta o agravante sufra un daño en su personalidad– tiene derecho a obtener mediante trámite sumárisimo una sentencia que le permita defenderse del agravio moral mediante la respuesta o rectificación, sin perjuicio del ejercicio de las restantes acciones civiles y penales que le pudieren corresponder” (consid. 23).

## V. La primacía de lo internacional

Los seres humanos no viven ni han vivido en soledad, sino que constituyen múltiples formaciones sociales. Tales comunidades se relacionan con otras, en algunos casos por subordinación más o menos plena, y en otros en pari-

(18) Fallos, 255:293; 272:231; 310:2709.

(19) Fallos, 306:1892.

(20) Fallos, 312:496.

(21) Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970.

(22) Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1971, pp. 198-202.

(23) Véase: Palazzo, Eugenio L. “Tensiones entre derechos y dispersión de fuentes en la tarea de los jueces”, en *Corpus Iuris Regionis, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina de la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat*, Iquique, Chile n° 6, 2006, p. 156. Y también: Bidegain, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, t. V, cap. XX, con la colaboración del autor de este artículo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pp. 65 a 67.

(24) Quien la crea lo hace con la intención de que sea una fuente del derecho, lo que no ocurre con la costumbre, o la jurisprudencia que son fuentes espontáneas, pues nacen para solucionar una situación o un caso y luego se siguen por ejemplaridad. Véase Palazzo, Eugenio Luis, *Las fuentes del Derecho...*, p. 64.

(25) Establecidas por un sujeto jurídico (una ley del Estado argentino), no por varios como ocurre en los tratados.

(26) Es más difícil pensar en la jerarquía cuando son normas de distintos sujetos. Si bien el principio general es la primacía del ordenamiento jurídico federal sobre los provinciales, cuando se trata de un tema de competencia provincial ello no es tan así, como se destacó en el caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Estado Nacional”, referido a la presencialidad escolar.

(27) Bernal Pulido, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo (coords.). *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 405-427. Disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/26.pdf> (fecha de consulta 29/5/2022).

dad. Las *reglas* que se establecen para regir tales relaciones, pueden provenir de la imposición del conjunto más fuerte (o más abarcativo) o de acuerdos. Pero ellas tienen límites, que pueden originarse en la percepción de lo bueno y lo malo, de lo justo y de lo injusto, en concepciones religiosas, o en tradiciones culturales, los cuales se expresan en *principios*.

Es decir, el género humano es una sociedad que supone la existencia de reglas jurídicas comunes a todos. La primera de esas reglas es el reconocimiento de la dignidad de cada uno de sus integrantes. Pero también las personas pertenecen a otras sociedades, de menores dimensiones; entre ellas, en este tramo de la historia, los estados<sup>(28)</sup> y las ciudades. Una primera aproximación, ajena a todo pre-concepto, permite advertir que entre la comunidad internacional y los estados se da la relación entre el todo y la parte; y cabe reconocer la superioridad de la primera. Tal preeminencia fue negada, en la concepción de una soberanía absoluta de ello; y aun desechando tal idea, reconoce límites. Los indica el *principio de subsidiariedad*, según el cual “[u]na estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común”<sup>(29)</sup>. En este sentido, la doctrina del *margen de apreciación nacional*, receptada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, constituye un muy buen recaudo. Pero la regla general debe ser la primacía de los tratados<sup>(30)</sup>.

En nuestro país, luego de que la Corte sostuviera, durante muchos años, que poseían igual rango<sup>(31)</sup>, a partir de los casos “Ekmekdjian c/Sofovich” y “Fibraca”<sup>(32)</sup> les reconoció superioridad a los tratados sobre las leyes. Esta solución fue confirmada en la reforma constitucional de 1994, que, además, les otorgó jerarquía constitucional a determinados tratados sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22).

Las diferencias de las interrelaciones de la constitución con las leyes y con los tratados internacionales se encuentran adecuadamente expuestas por diversas previsiones de nuestra Carta Magna. El artículo 31, que es el que determina la supremacía del orden jurídico federal sobre los ordenamientos provinciales, al desglosar tres fuentes del derecho federal: la Constitución, las leyes y los tratados, no establece orden de prelación entre la primera y los últimos, pero sí la indica entre la constitución y las leyes, a través de la aclaración: *que en su consecuencia se dicten*, es decir que las leyes deben estar dictadas de conformidad con la Constitución. La supremacía de la Constitución sobre las leyes está también apuntada en el artículo 28. En cambio, los tratados internacionales, según el artículo 27, solo deben sujetarse a los *principios de derecho público establecidos en esta Constitución*. El derecho internacional también tiene límites en el derecho natural, pero es más difícil de aceptar que un precepto de la constitución de un Estado, que no implique la recepción de un principio del derecho natural, resulte normativamente superior a las disposiciones de tratados internacionales o a principios del derecho internacional consuetudinario. Esto puede suceder en determinada contingencia histórica, pero no

(28) Cabe entenderlos como un espacio geográfico intermedio entre el imperio y el feudo o la ciudad, que aparece en Europa en un largo proceso en el que los reyes se imponen a los señores feudales, apoyan el repoblamiento de los municipios y se independizan de la autoridad del emperador, a fines de la Edad Media; se expande a todo el planeta, pero en oleadas distanciadas en el tiempo: a Asia y a África llega recién después de la Segunda Guerra Mundial. Estas comunidades requieren reglas fundamentales adecuadas a sus dimensiones, tanto para organizar sus instituciones como para garantizar los derechos de las personas. Tales reglas conforman constituciones, predominantemente consuetudinarias hasta fines del siglo XVIII, en que comienzan a escribirse como breves códigos.

(29) Juan Pablo II, Carta Encíclica *Centesimus anno*, del 1° de mayo de 1991, párr. 48.

(30) Siempre se consideró que los tratados de guerra y paz pueden dejar de lado disposiciones constitucionales internas, como sucedió en Japón para finalizar la Segunda Guerra; en Irak, en Bosnia; y en nuestro país cuando el Pacto de San José de Flores dejó sin efecto la prohibición de reformar la Constitución durante diez años, o cuando en CSJN “Merck Química Argentina” (1948, Fallos 211:162) se admitió la confiscación de bienes, prohibida por la Constitución, en razón de que la imponían los tratados que nos llevaron a la guerra con el Eje. La evolución del derecho internacional ha extendido esa supremacía a otros tipos de tratados, como los de derechos humanos.

(31) Fallos 257:99; 271:7, entre muchos otros.

(32) CSJN. “Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, sentencia del 7/7/1993, Fallos: 316:1669.

se puede obviar que son normas de distinta naturaleza (los tratados requieren bi o multilateralidad y el derecho internacional consuetudinario surge de una comunidad más amplia que la de un estado nacional). Ratificado un tratado por varios países, es un acto de mala fe que uno no lo aplique alegando incompatibilidad con disposiciones internas, pues antes de ratificarlo las debiera haber revisado.

Cabe reiterar, por ende, que el concepto de jerarquía entre fuentes resulta muy difícil de aplicar *cuando son de distinta naturaleza*. Resulta necesario recurrir a otras miradas, como la *distribución de competencias*, la *armonización*, o la *ponderación*.

En “Ekmekdjian c/Sofovich” la Corte es más terminante. Expresa: “Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980– confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual ‘no existe fundamento normativo para acordar prioridad’ al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual ‘Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’” (consid. 18). Asimismo, añade: “la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27. Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República 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 por que 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” (consid. 19).

La indicación de que la primacía del tratado se da *ante cualquier norma interna* es sumamente abarcativa e implica una modificación sustancial de nuestro ordenamiento, previa a la reforma de 1994, y a todos los debates que se suscitaron en torno a los incisos 22 y 24 del artículo 75, introducidos por ella.

## VI. Reflexiones finales

Cuando nos encontramos en un proceso de cambio, puede ocurrir que no nos demos cuenta de él, hasta que un evento fuerte o importante de ese devenir nos hace advertirlo. Eso ocurrió con este fallo de hace treinta años, como había pasado con el Plan Austral, y después con la reforma constitucional de 1994. Pero las mutaciones siguieron y continúan acelerándose. Esta catarata de transformaciones, cuando acontecen, no solo en el mundo jurídico sino en todas dimensiones, nos desconcierta.

En “Ekmekdjian c/Sofovich” se abandona la idea de *derechos programáticos*, lo cual resta a la ley el rol decisivo de que dependan de ella; se proclaman *principios*, como la *buena fe*, para acotar la libertad de expresión en las relaciones entre particulares; y se reconoce la *primacía de los tratados*. Han mutado fuentes del derecho, o, al menos, poseen matices diferentes de los que tenían antes.

La constitución, en sentido sustancial, se integra con múltiples fuentes, entre las cuales la constitución formal (el texto codificado) cumple una función de garantía y supremacía con referencia al resto de las normas estatales. Con el resto de las fuentes del derecho existen múltiples interrelaciones, se concatenan entre sí; pero es mucho más difícil concluir que se puedan aceptar diferencias rígidas en su jerarquía, pues poseen distinta naturaleza; los tratados por su bi o multilateralidad; las costumbres por



su origen espontáneo; la jurisprudencia por su elaboración razonada; los principios generales del derecho por ser indisponibles y los únicos a los que corresponde reconocer superioridad respecto de todas las restantes fuentes, aunque resulte difícil, muchas veces, acordar sobre ellos.

Pero ni la diversidad de fuentes ni la multiplicidad de ordenamientos pueden hacernos olvidar la unidad esencial del derecho. Los estados no han existido desde siempre, ni estarán siempre. El concierto de naciones también es un dato de la historia. Ambos esquemas pueden ser sustituidos por un nuevo orden mundial a partir de regiones, de un gobierno único, de una situación de anarquía, o de aislamiento. No podemos prever ese futuro, pero sí sabemos que el derecho, al menos como aspiración universal

de justicia, continuará impreso en la conciencia de todos los hombres.

**VOCES:** DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO NACIONAL - RELIGIÓN - CULTO - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHO INTERNACIONAL - TELEVISIÓN - PRENSA - LIBERTAD DE PRENSA - DERECHO DE RESPUESTA - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - LEGITIMACIÓN PROCESAL - DERECHO DE RÉPLICA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER LEGISLATIVO

## El fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich” como la génesis del control de inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo en Argentina

por MARÍA SOFÍA SAGÜÉS<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. PRESENTACIÓN DEL TEMA. – II. EL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN COMO MECANISMO SUPERADOR DE BRECHA NORMA-REALIDAD. – III. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN. – IV. LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO (ARTÍCULO 2 DE LA CADH). – V. DIVISIÓN DE FUNCIONES. – VI. LAS GARANTÍAS DE CONTROL DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. – VII. EL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN. A) ESCENARIO INICIAL: JURISPRUDENCIA NEGATORIA. B) EL CASO “EKMEDJIAN C/ SOFOVICH”. C) IMPACTO DE LA REFORMA DE 1994. D) CONTROL DE OMISIONES DEL PODER EJECUTIVO, EN MATERIA DE PRESERVACIÓN DE LA SALUD. E) CONTROL DE LA OMISIÓN DEL PODER LEGISLATIVO. F) CONTROL DE OMISIONES EN EL FEDERALISMO DE CONCERTACIÓN. G) CONTROL DE LA OMISIÓN DEL PODER EJECUTIVO EN REGLAMENTAR UNA LEY. – VIII. RECAPITULACIÓN.

### I. Presentación del tema

El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la causa “Ekmekdjian, Miguel Á. c/

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Un fallo sobre derecho a réplica que pone en mora al Congreso*, por ALBERTO BIANCHI, ED, 148-339; *El “adentro” y el “afuera” del derecho de réplica*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 148-348; *La supremacía constitucional y los tratados internacionales*, por HORACIO SÁNCHEZ PARODI, ED, 158-1055; *Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994*, por DANIEL EDUARDO VICENTE y JORGE LUIS RODRÍGUEZ, ED, 163-911; *La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos*, por FERNANDO BARROSO, ED, 163-922; *La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución argentina*, por ARIEL DULITZKY, ED, 163-936; *Preeminencia del derecho a la intimidad, sobre la libertad de informar*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-110; *En otro fallo sobre libertad de prensa. Practicidad y congruencia*, por GERARDO ANCAROLA, ED, 172-459; *Razonable limitación de la libertad de prensa*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-550; *Libertad de Prensa*, por ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ, ED, 172-1003; *Otra vez la libertad de prensa se enfrenta con el derecho al honor*, por MIGUEL ÁNGEL EKMEDJIAN, ED, 174-160; *El fin y los medios (El standard de la malicia real en la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas)*, por VÍCTOR BAZÁN, ED, 179-256; *La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos*, por RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, ED, 180-1383; *Constitucionalidad y extensión del derecho de rectificación o respuesta. Análisis del caso “Petric c. Página 12”*, por JULIO CÉSAR RIVERA, ED, 181-1098; *Imposibilidad de separar lo “informado” de lo “comentado u opinado”*, por MIGUEL M. PADILLA, ED, 182-187; *La responsabilidad civil de los medios de comunicación y la precisión de las reglas de la doctrina “Campillay”*, por EMILIO A. IBARLUCIA, ED, 203-388; *La doctrina Campillay. Exégesis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 206-964; *Libertad de expresión artística y derechos personalísimos*, por EMILIO A. IBARLUCIA, ED, 206-571; *El marco redaccional en el estándar “Campillay”. Sobre la neutralidad y la imparcialidad del periodismo en la reproducción de los dichos de otros*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 213-852; *La vigencia de la doctrina “Ekmekdjian”*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 282-680. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UCA Rosario). Máster en Derecho (Universidad de Georgetown, Estados Unidos de América). Profesora de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en numerosas universidades de Argentina y otros países. Correo electrónico: [msagues@gmail.com](mailto:msagues@gmail.com).

Sofovich, Gerardo y otros<sup>(1)</sup> presenta numerosas aristas, algunas de las cuales han implicado un giro de 180° en la lectura y argumentación constitucional. Entre todos estos aspectos, el presente artículo procura conceptualizar a dicha decisión como el punto de partida de una jurisprudencia receptiva del control de inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo. Criterio que en los recientes años se ha multiplicado y proyectado hacia horizontes innovadores, en pronunciamientos que citan expresamente el precedente en estudio.

En efecto, en el caso “Ekmekdjian” –cuya decisión por la Corte ahora cumple treinta años– uno de los puntos más trascendente era que, si bien el artículo, 13, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) habilitaba a que el derecho a réplica sea ejercido conforme las pautas “expresamente fijadas por la ley”<sup>(2)</sup>, en el ordenamiento jurídico argentino no existía dicha norma con carácter de ley formal, y la jurisprudencia prevaeciente en ese momento no permitía el control judicial de tal omisión. Sin perjuicio de ello, ante la falta del andamiaje legislativo que concretice el derecho, el Tribunal lo instrumentó por sí mismo, al entender que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”<sup>(3)</sup>.

Así, mediante una sentencia de modalidad aditiva, en la que el juez nomogénicamente gestó los aspectos necesarios para concretizar el derecho, se dio nacimiento en Argentina al control de inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo, cuya proyección toma especial protagonismo en la actualidad.

### II. El control de la inconstitucionalidad por omisión como mecanismo superador de brecha norma-realidad

El derecho constitucional, en el siglo XXI, tiene como protagonistas modernos textos supremos, muchos de ellos rebosantes de enunciados referidos a derechos individuales y colectivos. Sin embargo, llama la atención el duro divorcio entre “letra” y “realidad” constitucionales y el grave contraste entre el “exceso nomológico” (“inflación” de normas) y el “defecto sociológico” (“carencia” de realizaciones prácticas)<sup>(4)</sup>. Así, el problema central no es el procurar la defensa ideológica de la idea liberal de

(1) CSJN, sentencia del 7/7/1992, ED, 148-338; Fallos: 315:1492.

(2) CADH, artículo 13, inciso 2. “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás [...]”.

(3) Considerando 31 del voto de mayoría, en el que se transcribe una cita de “Siri, Ángel”, Fallos: 239:459.

(4) Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en Bazán, Víctor (coord.) *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis SA, 1997, p. 42.

Constitución, sino de lograr su realización efectiva y concreta<sup>(5)</sup>.

La doctrina y jurisprudencia constitucional ha reaccionado, mayoritariamente, de manera crítica a las falencias en la realización de los textos normativos, señalando la vital importancia de su subsanación.

Una variable de violación a la ley fundamental se presenta en aquellos supuestos en que los poderes constituidos del estado se abstienen de dar cumplimiento a los mandatos necesarios para la efectiva vigencia de las pautas supremas. Este fenómeno, conceptualizado como “inconstitucionalidad por omisión” se muestra, entonces, como una de las manifestaciones que más contribuye a ahondar la dialéctica norma-realidad.

Tal incumplimiento por los poderes legislativos y ejecutivos constituye una patología del orden jurídico que reclama pronta respuesta. Más su mera consideración debe necesariamente ser acompañada por la generación de vías idóneas para el ejercicio del control de constitucionalidad sobre estas omisiones, que abran sendas válvulas procesales capacitadas para dar cauce tuitivo a los derechos de la persona. El fallo en estudio fue protagonista de un giro copernicano en dicho sentido.

### III. La fuerza normativa de la Constitución

La problemática no resulta novedosa, y subyace a la idea misma de un orden constitucional, ya que “una Constitución no es una simple hoja de papel subordinada a la voluntad de los gobernantes de turno”<sup>(6)</sup>. Por ello, su realización reclama el accionar no solo de los particulares, sino de todos los poderes del estado. Caso contrario, los postulados constitucionales se desdibujarían en manos de quien detente el poder en una sociedad determinada.

En efecto, la idea de fuerza normativa de la Constitución, conforme fuera sostenida por Konrad Hesse<sup>(7)</sup>, refiere a “su aptitud para regular (en forma y contenido) la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores”<sup>(8)</sup>.

Así, la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, participa necesariamente de la denominada “fuerza normativa”. Base y consecuencia lógica de la doctrina de la supremacía constitucional, este extremo no es susceptible de reparos ni cuestionamientos por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria<sup>(9)</sup>. En síntesis, “la Constitución obliga y vincula porque tiene vigor normativo”<sup>(10)</sup>.

Cabe adherirse a una concepción absoluta de la fuerza normativa de la constitución, sobre la base de la cual la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, las normas infraconstitucionales y los hechos, actos u omisiones, tanto de autoridades como de particulares, se encuentran comprendidos bajo la supremacía constitucional<sup>(11)</sup>. Según señala Fernández Segado, “el dogma liberal de la soberanía absoluta del Parlamento, como es sobradamente conocido, ha sido sustituido en nuestro tiempo por el de la soberanía de la Constitución”<sup>(12)</sup>.

La fuerza normativa de la constitución no solo es absoluta porque abarca a todos los sujetos, sino también porque es propiedad de la totalidad de sus normas. La normatividad es una cualidad de todo el texto constitucional, debiendo predicarse tanto de sus normas operativas como de las normas programáticas principios y valores constitucionales<sup>(13)</sup>, con las aclaraciones pertinentes.

(5) De Vega García, Pedro, Prólogo a la obra: Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 1998, 2º ed., p. 18.

(6) Lasalle, Ferdinand, *¿Que es una constitución?*, Barcelona, Ariel, 1989, 3º ed., p. 78 y ss., cit. por Fernández Rodríguez, Francisco, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español” en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión...*, p. 146.

(7) Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional* (Villalón, Pedro Cruz, trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 61 y ss.

(8) Sagüés, Néstor P., *La Interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 19.

(9) En este sentido, véase Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 19-20.

(10) Bidart Campos, Germán J., “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión...*, p. 3, con especial referencia a la Sentencia N° 18/1981, del Tribunal Constitucional Español.

(11) Cfr. Sagüés, Néstor P., *La Interpretación judicial de la Constitución...*, p. 13.

(12) Fernández Segado, Francisco, “La Inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?” en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión...*, p. 13.

(13) Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, p. 52.

Paralelamente, Fernández Segado sostiene que el no dictado de las normas reglamentarias, necesarias a los fines de la implementación y efectividad de los derechos enunciados en textos constitucionales, importaría una violación al derecho a la normación<sup>(14)</sup> cuando la ausencia de norma impide al interesado el ejercicio específico de un derecho o libertad del que es constitucionalmente titular<sup>(15)</sup>.

Ahora bien, a partir de los postulados mencionados, es necesario acentuar la existencia y eficacia de los mecanismos tendientes a extinguir las inconstitucionalidades por omisión. Señala Bidart Campos que “para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la constitución, mediante alguna forma de *control* que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio”<sup>(16)</sup>.

### IV. La obligación de los estados de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la CADH)

En consonancia con las pautas citadas, los instrumentos internacionales determinan que “el cumplimiento de las obligaciones convencionales internacionales de protección requiere el concurso de los órganos internos de los Estados, y éstos son llamados a aplicar las normas internacionales”<sup>(17)</sup>. Esto implica que, conforme el artículo 2 de la CADH, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades convencionales, abarcan tanto medidas de carácter legislativo, como “otras”, claro está, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención.

En ese entendimiento, frente a la falencia del accionar legislativo, los restantes órganos del estado se encuentran obligados convencionalmente a adoptar, dentro del marco de sus potestades, un rol nomogenético que garantice la concreción de aquellos derechos de base convencional que carezcan del andamiaje legislativo necesario. Este razonamiento se proyecta, asimismo, con relación a las garantías necesarias para realizar la tutela en sí, en virtud de las exigencias del derecho a la protección judicial y al recurso efectivo consagrado por el artículo 25 de la CADH.

En consecuencia, ante la inexistencia de una garantía que permita controlar las omisiones inconstitucionales, el Poder Judicial debe reaccionar cubriendo la falencia, y dando pleno cumplimiento al artículo 25.1 de la CADH. El mismo Poder Judicial posee sobre su cabeza el peso de garantizar remedios eficaces en la tutela de los derechos de la persona.

En este extremo, señala Cançado Trindade que “... el énfasis pasa a recaer en la tendencia de perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial. Este cambio de énfasis atribuye *mayor responsabilidad a los tribunales internos (judiciales y administrativos), convocándolos a ejercer actualmente un rol más activo –sino creativo– que en el pasado en la implementación de las normas internacionales de protección*”<sup>(18)</sup>.

### V. División de funciones

Ante la necesidad de control de las omisiones inconstitucionales, se plantea un primer cuestionamiento fundado

(14) Fernández Segado, Francisco, “La Inconstitucionalidad por omisión...”, p. 12.

(15) *Ibidem*, p. 37.

(16) Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución...*, p. 21 (el resaltado es del original).

(17) Cançado Trindade, Antonio A., “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos”, en Méndez, Juan E. y Cox, Francisco (eds.) *El futuro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 586.

(18) Cançado Trindade, Antonio A. y Pacheco, Máximo, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 300 (el resaltado es añadido).

en el temor de habilitar invasiones por parte del órgano controlador en las facultades privativas del órgano controlado. En particular, se cuestiona la legitimidad de este instituto al considerar que se violaría la discrecionalidad del Poder Legislativo respecto de las condiciones relativas al tiempo y forma de efectivizar la promesa del texto constitucional<sup>(19)</sup>.

Si bien la problemática sentada obliga a ser sumamente cauteloso, cabe inclinarse a sostener que el control de la inconstitucionalidad por omisión no necesariamente implica un quebrantamiento del orden arquitectónico constitucional.

En el diseño de frenos y contrapesos, ínsito en la división de funciones constitucional argentina, coexisten potencias que se articulan coordinadamente sobre la base de diversos principios y subprincipios<sup>(20)</sup>, algunos de los cuales actúan como fuerzas centrífugas de distinción, y otros, en oposición, como fuerzas centripetas de coordinación.

Como primera pauta de distinción y especificidad encontramos el *subprincipio de distribución*, que “regula las competencias, facultades y atribuciones de cada uno de los órganos estatales fundamentales, así como los derechos y garantías de los particulares frente al Estado o entre sí”<sup>(21)</sup>.

El ámbito de actuación, determinado por la norma suprema en la previsión de los poderes expresos, implícitos e inherentes de cada rama de gobierno<sup>(22)</sup>, actúa como límite de contención de la potestad del órgano respectivo, pero también especifica el marco de su obligación constitucional. Este diagrama, denominado “*teorema de la especificidad de competencia de los órganos*”<sup>(23)</sup>, sirve de base para el mantenimiento de la división de funciones. De él se desprenden diversos predicamentos, tal como el criterio de *corrección funcional* que procura la no alteración exegética ni normativa del diagrama, planteándose como estrictamente excepcional la modificación de la distribución de funciones constitucionales<sup>(24)</sup>.

Ahora bien, los departamentos del Estado no son compartimientos estancos, sino que interactúan con miras a garantizar, justamente, el control recíproco<sup>(25)</sup>. De esta manera se otorga cierta flexibilidad a la división de funciones, garantizando su eficacia concreta y perdurabilidad. Como fuerza centrífuga, que cohesiona el accionar de los poderes del Estado actúa el *subprincipio de cooperación o colaboración*, conforme el cual se “alerta que los poderes públicos son partes coordinadas de un mismo gobierno”<sup>(26)</sup> [...] que deben, incluso, ayudarse mutuamente, según el sentido común y las necesidades inherentes a la coordinación gubernamental”<sup>(27)</sup>.

Por su parte, como engarce de las funciones de los diversos órganos investidos con el poder político se encuentra el *principio de equilibrio*. En este minucioso balance, mecanismo de relojería de frenos y contrapesos, la figura del Poder Judicial y su órgano cimero se presentan en coordinación de las otras potestades del gobierno<sup>(28)</sup>. El sistema presenta un delicado equilibrio de cohesión y distinción que se encuentra en permanente tensión. Frente

a estas situaciones, el autismo institucional actúa como acentuador de conflictos interinstitucionales. Por el contrario, el principio de cooperación habilita al diálogo o interacción entre las diversas ramas de gobierno, garantiza la coordinación y evita la invasión de las potestades de los mismos.

Así, la CSJN ha señalado que “dentro del sistema republicano de gobierno establecido por la Constitución Nacional [...] el accionar de los tres poderes del Estado es armónico y coordinado pues, aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales”<sup>(29)</sup>.

A la luz de los preceptos reseñados, se continúa que dentro de los lineamientos del “Estado de Derecho” la función de creación normativa es propia del Poder Legislativo, pudiendo este desenvolverse, de manera activa y omisiva, dentro del campo de su discrecionalidad<sup>(30)</sup>. Sin embargo, el reconocimiento de facultades propias del poder ejecutivo o legislativo no implica otorgarle poderes absolutos, “como una patente de corso que autorice al legislador a actuar a su antojo”<sup>(31)</sup>.

Al contrario, esta posibilidad de control sobre el accionar de los órganos del Estado se desprende de la misma forma republicana de gobierno, y es reclamada por ella. En este sentido, “el ejercicio de los derechos genéricos de la ciudadanía, dentro de los cuales se encuentra el control de los gobernantes y de sus actos y, en general, la verificación sobre las distintas instancias del poder nacional, se estima como un requisito esencial para la plena vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>(32)</sup>.

Es la misma norma constitucional la que reclama el control, ya que “la causa final del control de las omisiones inconstitucionales se emplazaría en la necesidad de ‘recomponer’ el imperio de la Constitución, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente”<sup>(33)</sup>.

Por su parte, dada la necesidad de existencia de control, el órgano custodio de la supremacía constitucional se encuentra habilitado, por su propia naturaleza, a ejercerlo. Es decir, “si la función por excelencia del órgano de justicia constitucional consiste en controlar regularidades de la actuación de los poderes públicos, y sobre todo del legislador, tan inconstitucional será una actuación positiva del legislador que vulnere el orden constitucional como su no-actuación cuando ésta está constitucionalmente prevista”<sup>(34)</sup>.

El temor a los abusos del órgano controlador no puede acarrear el consentimiento de la violación de normas constitucionales por omisión. En última instancia, estos abusos encontrarán superación desde otro control. Pizzorusso cita como posibles ejemplos la autolimitación judicial [*self-restraint*], “la posibilidad de que el órgano remiso dicte en cualquier momento la norma [...], el sometimiento a juicio político o a jurado de enjuiciamiento a los jueces que cometieran faltas graves...”<sup>(35)</sup>.

Con miras entonces a un control constitucionalmente válido de tales omisiones, debe destacarse que es necesaria una peculiar cautela, a los fines de determinar con exactitud cuándo nos encontramos frente a una *omisión inconstitucional*, para diferenciarla de aquellos supuestos

(19) Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Uma falácia: a inconstitucionalidade por omissão”, en *O Estado de São Paulo*, 25/6/1987, p. 32, cit. por Fernández Segado, “La Inconstitucionalidad...”, p. 13.

(20) Debe aclararse que existen diversos criterios doctrinarios en torno a la sistematización de los principios y subprincipios constitucionales, cuyo análisis excede el marco del presente estudio.

(21) Sagüés, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 92.

(22) Véase al respecto a Fayt, Carlos S., *Los poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006; Aja Espil, Jorge, *Constitución y poder: historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1987, p. 151.

(23) Ekmekdjian, Miguel A., *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 2016, Tomo I, p. 32 (el resaltado es añadido).

(24) Hesse, Konrad, *Escritos de derecho...*, pp. 49 y 50. Al respecto, véase: Cullen, Iván, “La delegación de competencias en el Estado moderno”, *Boletín informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, nro. 45, 1990, p. 13.

(25) Madison, James, *El Federalista*, nro. 48.

(26) *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1976), relativo a la invalidación de una normativa que excluía extranjeros de la mayoría de los puestos de trabajo en el servicio civil.

(27) Sagüés, Néstor P., *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 22.

(28) Conforme señala Jiménez de Parga, “la idea política de equilibrio, la pretensión de ordenar la comunidad de manera armónica –sin dar primacía a ninguno de sus elementos estructurales– la encontramos en los albores de nuestra civilización y se ha recogido en muchas doctrinas y en bastantes programas de acción pública... los fundadores del régimen norteamericano no pierden de vista ese arquetipo del orden por concurrencia”. Jiménez de Parga, Manuel, *Formas constitucionales y fuerzas políticas*, Madrid, Editorial Tecnos SA, 1961, p. 300.

(29) Fallos: 319:2641, considerando 1º, 327:46, y voto del juez Rosatti, cons. 10, en Fallos: 343:195.

(30) Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, García Maynez, Eduardo (trad.), México, Universidad Nacional Autónoma de México. Textos Universitarios, México, 1969, p. 321.

(31) Fernández Rodríguez, “La jurisprudencia...”, p. 143.

(32) CEPAL - IIDH, “Informe del seminario sobre la propuesta de transformación productiva con equidad y los derechos económicos, sociales y culturales”, puntos 33 y 34, *Revista IIDH*, tomo 20, julio-diciembre 1994, p. 288. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/19237/S9400138\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/19237/S9400138_es.pdf) (fecha de consulta 24/6/2022).

(33) Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, p. 45.

(34) Figueruelo Burrieza, Ángela, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 81, julio-septiembre 1993, p. 65. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27229> (fecha de consulta 24/6/2022).

(35) Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, t. II, p. 342 y ss., cit. por Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, p. 105.

en que la actitud tomada por el órgano competente –supuestamente omitente– se encuentra dentro de los límites constitucionales de su accionar, por lo que aplicar dicha solución implicaría invadir por parte del Poder Judicial esferas propias de otros poderes del estado.

A tal efecto, resulta importante la construcción doctrinaria y jurisprudencial referente a la existencia de “mandato” constitucional, diferenciándolo de la orden genérica de legislar. A su vez, es necesario precisar el “lapso” por el cual el legislador puede discrecionalmente adoptar la norma, vencido el cual es susceptible de identificarse la omisión (plazo que puede ser previsto expresamente por el constituyente, o tácito en virtud de la naturaleza de la pauta constitucional en juego y la necesidad de intermediación legislativa)<sup>(36)</sup>.

Claro está que la omisión puede ser total o bien darse de manera parcial, cuando la muleta legislativa no satisface la totalidad de la exigencia constitucional. Asimismo, la “inconstitucionalidad por omisión prognosis” se verifica cuando una ley, originariamente constitucional, deviene inconstitucional por su falta de actualización, lo que constituye, en sí mismo, una omisión legislativa<sup>(37)</sup>.

Finalmente, una regulación adecuada y cautelosa de los efectos de la constatación de las “omisiones inconstitucionales” permitiría un adecuado respeto del ordenamiento arquitectónico constitucional, evitando la generación de conflicto de poderes, como se verá más adelante.

## VI. Las garantías de control de inconstitucionalidad por omisión

El derecho comparado nos brinda numerosos ejemplos de control de inconstitucionalidad por omisión, ya sea a través de mecanismos específicos previstos en las normas constitucionales o legales, o incluso a través del recurso a nuevas modalidades de sentencias.

A modo de ejemplo<sup>(38)</sup> pueden citarse el artículo 377 de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974 –no vigente–; el artículo 279 de la Constitución Portuguesa de 1976, texto inicial; el artículo 283 de la Constitución Portuguesa, tras la reforma de 1982; el artículo 103, inciso 2º de la Constitución Nacional de Brasil (así como constituciones de los Estados miembros de la unión, entre las cuales puede nombrarse al Estado de Río Grande do Sul –artículo 95.1–, y la Constitución de Santa Catarina, ambos de 1998), el texto constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, la Constitución Ecuatoriana, la Constitución del Estado de Veracruz en México y, en Argentina, la Constitución de la Provincia de Río Negro de 1998. La solución también ha sido prevista en el ámbito legislativo (tal es el caso de Costa Rica, entre otros).

Por otra parte, existen diversas variables jurisprudenciales en el derecho comparado. Países como Austria, Estados Unidos, España<sup>(39)</sup> y especialmente Alemania e Italia<sup>(40)</sup> han aportado interesantes propuestas, generalmente sobre la base de las llamadas sentencias aditivas, creativas o apelativas<sup>(41)</sup>. En este sentido, toma un rol preponderante la jurisprudencia alemana, que ha optado por una situación similar dentro de lo que ha denominado “proceso

de concretización [*Konkretisierung*]<sup>(42)</sup>, que ha permitido articular el control de omisiones totales o parciales, e incluso de normas que, originariamente constitucionales, devienen insuficientes debido a la falta de actualización.

Un repaso de los textos constitucionales mencionados proporciona un amplio panorama de soluciones, que se pueden presentar de manera conjunta o sucesiva:

1. Algunos textos consagran soluciones con efecto *anoticiador*, donde el órgano controlador pone en conocimiento de otro órgano, generalmente el controlado, la existencia de la omisión<sup>(43)</sup>.

La doctrina ha denominado al presente efecto como “técnica de las recomendaciones al legislador”, las cuales “son observaciones no vinculantes de inmediato tendiente a orientar al legislador en una determinada dirección o, incluso, a impulsarle para que siga la orientación indicada”<sup>(44)</sup>. Se señala que “aun careciendo sin duda de la fuerza vinculante propia del fallo, para algo se dicen y algo puede que valgan”<sup>(45)</sup>.

Un sistema de control de la inconstitucionalidad por omisión cuyo efecto sea solamente anoticiador parece, en principio, poco eficaz a los fines de garantizar la fuerza normativa constitucional. Por otra parte, sus efectos se encontrarían excesivamente condicionados por el prestigio social y político del órgano controlador.

2. Dentro de las soluciones *anoticiadoras-imperativas* ubicamos los textos normativos que, además de poner en conocimiento de un órgano la existencia de la “omisión”, le requieren al omitente la instrumentación de la medida ausente, otorgándole un plazo al efecto<sup>(46)</sup>.

Dentro de esta categoría pueden ubicarse el texto constitucional de la Provincia de Río Negro y el artículo 103 de la Constitución de Brasil, en su inciso 2º, el cual, si bien toma la postura meramente informativa para el supuesto de omisiones por el órgano legislativo, adopta la segunda categoría para los casos de omisiones de los órganos administrativos. La doctrina brasileña ha referido a este efecto como “eficacia mandamental media”<sup>(47)</sup>, otorgándole el carácter de “*ordem-judicial*”<sup>(48)</sup>.

Cabe aclarar que, generalmente, en los casos de textos constitucionales de la primera categoría, la jurisprudencia ha admitido una solución anoticiadora-imperativa<sup>(49)</sup>, o incluso supletoria en la práctica<sup>(50)</sup>.

(42) Bazán, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”..., p. 197.

(43) Dentro de esta línea podemos citar al artículo 377 de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (“... informará de ello a la Asamblea de la RSFY...”) y el texto de la Constitución Portuguesa tras la reforma de 1982 (“... dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente”). Un poco más fuerte parece ser la expresión utilizada por la Constitución de Portugal del año 1976, en cuanto sostiene que el Consejo de la Revolución “... podrá recomendar a los órganos legislativos que las dicten en un plazo razonable”. Vemos que esta última figura legal no prevé la obligatoriedad para el órgano legislativo de la recomendación efectuada por el Consejo, si bien su importancia política puede generar dicha imperatividad.

(44) Tomás y Valiente, Francisco, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 103.

(45) Tomás y Valiente, Francisco, Conferencia “A modo de sugerencia (notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador)”, en Garrarena Morales, Ángel (ed. lit.), *El parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 17-23. Véase, asimismo, el modelo de tipología de dichas recomendaciones en la jurisprudencia del Tribunal Español reseñada por dicho autor, cit. por Figueruelo Burrieza, Ángela, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”..., p. 70.

(46) Tal sería el ejemplo de la Constitución de Venezuela, que establece que la Sala Constitucional del Superior Tribunal de Justicia se encuentra facultada para “[d]eclarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo [...] y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección” (artículo 336, inciso 7).

(47) Carrazza, Roque Antonio, “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção”, *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional [IBDC]. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1992, p. 57, cit. por Fernández Segado, “La Inconstitucionalidad por omisión ...”, p. 30.

(48) Modesto, Paulo, “Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica”, en *Revista de Direito Público*, núm. 99, julio-septiembre 1991, p. 124, cit. por Fernández Segado, “La Inconstitucionalidad por omisión ...”, pág. 30.

(49) Así, en el caso de la constitución portuguesa, tras la reforma de 1982, el término “dar conocimiento” es considerado por José Joaquim Gomes Canotilho “como una suerte de apelación, con significado jurídico y político, del Tribunal Constitucional a los órganos legislativos competentes”, según Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 4º ed., 1987, p. 830, cit. por Fernández Segado, “La Inconstitucionalidad por omisión...”, p. 28.

(50) “Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia: A jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República da Iugoslávia”, en *Boletín de Documentação e Direito Comparado de Portugal*, núms. 29-30, p. 94, cit. por Fernández Segado, “La Inconstitucionalidad por omisión...”, p. 25.

(36) Para profundizar estos aspectos, me remito a Sagüés, María Sofía, “Garantías de control de inconstitucionalidad por omisión”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2002, t. III, p. 2499 y 2003, t. IV, p. 3087.

(37) Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, p. 64.

(38) Se sigue en este punto a Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, en Figueroa, Giovanni (coord.), *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales. América, Europa, África y Asia*, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022 [en prensa].

(39) Fernández Rodríguez, “La jurisprudencia del Tribunal...”

(40) Nocilla, D., “Sentenze interpretativa di accoglimento o sentenza di accoglimento parziale...”, en *Giur. Cost.* 1965, p. 882 y Falsea, “In tema di sentenze di accoglimento parziale”, en *Giur. Cost.* 1986, I, p. 2600, cit. por Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 286.

(41) Como señala Magda Inés Rojas Chaves, la Ley de Jurisdicción Constitucional abre la posibilidad del control de la inconstitucionalidad por omisiones legislativas y administrativas, véase: Rojas Chaves, Magda I., “Control de constitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Constitucional*, mayo-agosto 91, p. 9 y ss. Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, en el colectivo “*Estudos sobre a Constituição*”, Vol. II, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, pp. 511/512, cit. en Bazán, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva” en Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, p. 199.

El texto constitucional venezolano, que autoriza al Tribunal Constitucional a declarar la omisión, y posteriormente establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección, aparece como excesivo, desde el momento en que los contenidos sustanciales deberían estar constituidos por el mismo mandato constitucional, no pudiendo el Tribunal exceder, aunque sí formular, su interpretación.

3. Diversos sistemas contemplan que cuando, pese a la intimación efectuada, el órgano estatal continúa renuente en su accionar, a través del accionar del órgano de control de constitucionalidad, se adopta una decisión que, con efecto supletorio, aplique el texto constitucional.

Ahora bien, los efectos de este control pueden ser, en algunos sistemas, *concretos*, y en otros genéricos. En la primera opción, se encuentra el artículo 207 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, para el supuesto de incumplimiento por el órgano omitente durante el plazo otorgado por el Tribunal. En ese caso “[e]l superior Tribunal de Justicia [...] integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo...”<sup>(51)</sup>.

La versión más amplia ha sido prevista por la Constitución Ecuatoriana, donde el actual inciso 10 del artículo 436 dispone, entre las competencias de la Corte Constitucional, la de “Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”. En una línea similar, se puede enlazar la constitución del Estado de Veracruz, en México.

4. El efecto *indemnizatorio* se ve como una solución subsidiaria en aquellos casos en que el efecto supletorio no puede aplicarse, por ser imprescindible la intermediación legislativa. En estos supuestos, al encontrarse el órgano judicial impedido de instrumentar integralmente la norma constitucional, corresponde, como última salida con miras al respeto del ordenamiento constitucional, compensar mediante indemnización el perjuicio ocasionado<sup>(52)</sup>.

Esta opción, habilitada por ejemplo por la Constitución de la Provincia de Río Negro, es recomendada por Bidart Campos cuando la intermediación legislativa es imprescindible por la extrema dificultad –e incluso imposibilidad– de concretización por los jueces, en casos en que “la omisión inconstitucional no se reduce a la ausencia de normas legales, que presten desarrollo a las cláusulas constitucionales, sino que añade otra, cual es la de crear, organizar y poner en funcionamiento una infraestructura material y humana de recursos para atender a determinadas prestaciones”<sup>(53)</sup>.

De lo expuesto, cabe concluir que una correcta regulación del instituto examinado se procuraría a través de la adecuada articulación subsidiaria de los efectos enunciados, que permita dar lugar a una prudente injerencia del órgano controlador sobre el controlado, otorgando siempre un último mecanismo de control de constitucionalidad que asegure la fuerza normativa de la ley suprema.

## VII. El control de la inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la CSJN

### a) Escenario inicial: jurisprudencia negatoria

El primer criterio perfilado por la CSJN se volcó hacia la negación del control de inconstitucionalidad por omisión, por considerar discrecional para el órgano legislativo la reglamentación de las cláusulas programáticas, no existiendo un deber “inmediato” de expedirse para el órgano legisferante<sup>(54)</sup>. Asimismo, se expresó que estas cláusulas

son “meros enunciados verbales”<sup>(55)</sup> y que, “la verdadera efectividad de lo que la Constitución reconoce depende de la actividad del legislador ordinario que reglamente el derecho...”<sup>(56)</sup>. En el mismo sentido, ha señalado que no puede sustituirse al legislador en el establecimiento del régimen legal de la república<sup>(57)</sup>.

### b) El caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”

Con el caso en estudio se inicia una segunda etapa: la Corte admitió la fuerza normativa de la constitución, y la operatividad de sus cláusulas, a la vez que habilitó la instrumentación de los medios para ejercer un derecho, ante la ausencia del andamiaje legal necesario.

La función primordial del poder judicial en la concretización de los mandatos constitucionales ya había sido acentuada por una Corte *ad hoc* en “Bonorino Peró” (1985)<sup>(58)</sup>. Finalmente, es en el caso “Ekmekdjian”<sup>(59)</sup> donde la omisión legislativa es superada por el máximo tribunal para garantizar la operatividad del derecho en juego, incluso frente a una exigencia expresa de ley en sentido formal por la CADH. Así, el Tribunal sostuvo: “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”<sup>(60)</sup>.

Paralelamente, se admitió el control de inconvencionalidad por omisión del poder legislativo, al señalar que “la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”<sup>(61)</sup>. Y, con miras a la subsanación, se legitimó el accionar jurisdiccional, dado que “entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir con el Pacto de San José de Costa Rica respecto del derecho de rectificación o respuesta, deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales”<sup>(62)</sup>.

Claro que, en este particular caso, la intermediación legislativa no se presentaba como imprescindible, ya que los aspectos concretos de ejercicio del derecho (modo, tiempo, lugar) podían ser definidos de manera simple por el Poder Judicial. En aquellos casos en que eso no fuera posible, se podrían articular otro tipo de efectos al control, como los ya desarrollados.

### c) Impacto de la reforma de 1994

Con la reforma de 1994 se fortalecen las bases del control de inconstitucionalidad por omisión, no solo al predicarse jerarquía constitucional del artículo 2 de la CADH (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), sino también en virtud del artículo 36 de la Constitución Argentina, que incluye una expresión de normatividad constitucional, al mencionar: “Esta constitución mantendrá su imperio, aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos”<sup>(63)</sup>.

En ese marco, se fue consolidando la doctrina del control de inconstitucionalidad por omisión legislativa, especialmente mediante sentencias aditivas. Por ejemplo, en el caso “Prodelco”<sup>(64)</sup>, donde la Corte admitió la legitimación de una asociación de consumidores a los fines de articular una acción de amparo, si bien el tenor literal del artículo 43 de la Constitución Nacional exigía que estas debían encontrarse registradas conforme una ley que reglamente sus requisitos y forma de organización, cuya consagración normativa no se había realizado.

### d) Control de omisiones del Poder Ejecutivo, en materia de preservación de la salud

A partir del año 2000, la CSJN ha considerado que, en virtud de obligaciones internacionales, el Estado se ve compelido a cumplir con las acciones necesarias para ga-

(51) Sagüés, Néstor P., “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión...*, p. 107. En torno a esta cláusula, véase a Sagüés, Néstor P., “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, *Estudios Constitucionales*, año 7, nro. 2, 2009, pp. 71-79. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200003>.

(52) A favor de esta postura, véase Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 113.

(53) Bidart Campos, Germán J., “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión...*, pág. 4. Véase, asimismo, Sagüés, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución...*, p. 192.

(54) Fallos 115:92, 165:258, 208:21.

(55) Fallos 239:273.

(56) *Ibidem*.

(57) Fallos 237:24 y 245:419, entre otros.

(58) CSJN, “Bonorino Peró, Abel y otros c/ Nación Argentina”, 15/11/1985, Fallos: 307:2174. Primera parte del considerando 7°. También disponible en: *Jurisprudencia Argentina*, t. 1986-I, pp. 95-103.

(59) CSJN, Fallos: 315:1492.

(60) Considerando 31 del voto de mayoría, en el que se transcribe una cita de “Siri, Ángel”, Fallos: 239:459.

(61) Considerando 16 del voto de mayoría.

(62) Considerando 22 del voto de mayoría.

(63) Zarini, Helio Juan, *Constitución argentina: comentada y concordada*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 143.

(64) Sentencia del 7/5/1998, Fallos: 321:1252.

rantizar el derecho a la preservación de la salud; en sus precedentes, admitió el reclamo judicial por vía de amparo para instrumentar el control ante la omisión de dichas prestaciones.

En “Asociación Benghalensis<sup>(65)</sup>”, la Corte confirmó la resolución de Cámara que hacía lugar a la acción de amparo interpuesta por asociaciones no gubernamentales que desarrollan actividades contra el virus del SIDA y condenó al Estado Nacional a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial suministro de medicamentos –en forma regular, oportuna y continua– a los enfermos de ese mal registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país.

Los ministros Moliné O'Connor y Boggiano se manifestaron contundentes con relación a la posibilidad de controlar omisiones inconstitucionales, en estos términos: “resulta fundado el reproche que el *a quo* imputa al Estado Nacional al señalar que incurrió en una conducta omisiva, consistente en no dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos –en forma regular, oportuna y continua– a aquellos enfermos que padecen las consecuencias de este mal...”<sup>(66)</sup>.

Poco después, en “Campodónico de Beviacqua”, la Corte confirmó una sentencia de segunda instancia que obligó al Estado Nacional a entregar las dosis necesarias de un remedio a un menor que, en virtud de un padecimiento grave en su médula ósea que disminuye sus defensas inmunológicas, requería el tratamiento con una medicación especial. Sostiene que el tribunal “ha reafirmado [...] el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas...”<sup>(67)</sup>.

#### e) Control de la omisión del Poder Legislativo

En los fallos “Badaro I<sup>(68)</sup> y Badaro II<sup>(69)</sup>”, el Tribunal se ha pronunciado de manera escalonada; formuló de ese modo un control de la inconstitucionalidad por omisión frente al incumplimiento del legislador en respetar el carácter móvil de las jubilaciones que se desprende de la operatividad del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en el que el actor reclamaba el reajuste de su haber de pasividad.

En un primer pronunciamiento, dictado el 8 de agosto de 2006, la Corte comenzó por explicar que el artículo 14 bis garantiza la movilidad de las jubilaciones dejando librada a la prudencia legislativa la determinación del método; sin embargo, la reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral. Expresamente reconoce que el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad. Ahora bien, recaló que no solo es facultad, sino también deber del legislador, fijar el contenido concreto de la garantía constitucional (artículos 14 y 75, incisos 19 y 23 de la Constitución Nacional). Concluyó que, dado que las leyes de presupuesto respectivas no contienen previsión alguna de incremento de las prestaciones ni han señalado la existencia de graves razones de interés general que impidieran concederlos, se ha verificado una omisión por el legislativo.

En consecuencia, en dicho fallo difirió su pronunciamiento y decidió comunicar al Poder Ejecutivo y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia, para que en un plazo razonable adopten las medidas aludidas en los considerandos. En definitiva, podemos decir que esta primera decisión es una “sentencia exhortativa de delegación”, porque la solución aportada por el Tribunal es para anunciar que otorga un plazo razonable, difiere el pronunciamiento de fondo y prevé la posibilidad de pronunciarse con posterioridad.

Tiempo después, el actor se presentó y sostuvo que la ANSeS no había dado cumplimiento a lo resuelto. El segundo pronunciamiento, dictado en fecha 26 de noviembre

de 2007, aseveró que las prescripciones de la nueva ley no eran aquellas que el Tribunal reclamó anteriormente. Aclaró que “la Constitución Nacional ha reconocido el derecho a la movilidad no como un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo”<sup>(70)</sup>. Finalmente, remitió a un criterio concordante con pronunciamientos anteriores, y estableció que se debe resolver la cuestión planteada mediante la utilización del nivel general de índice de salarios elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Así, la segunda sentencia “Badaro” constituye un ejercicio del control de inconstitucionalidad por omisión, que –ante el incumplimiento del primer anoticiamiento– adopta perfiles supletorios, y subsana, mediante el accionar jurisdiccional, la omisión constatada. Ahora bien, a fin de no importunar el equilibrio de los departamentos del Estado, enfáticamente el Tribunal aclaró que los efectos del pronunciamiento son para el caso concreto, a lo que suma el dictado de una nueva sentencia exhortativa a las autoridades responsables a fin de que examinen esta problemática.

Encontramos otro ejemplo de este tipo de control cuando la omisión detectada refiere a la falta de instrumentación legislativa de un remedio procesal idóneo para la tutela de un derecho. En el caso “Halabi”<sup>(71)</sup>, a la par de exigir a los jueces la concretización de las acciones de clase, el máximo Tribunal exigió al legislador su previsión normativa.

La Corte también ha recalado la omisión de los órganos legislativos en la designación del Defensor del Pueblo de la Nación, y ha exhortado a su subsanación, dado que tal vacancia repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios<sup>(72)</sup>.

Asimismo, en el año 2019<sup>(73)</sup>, el Tribunal cimero sostuvo que la omisión en la adopción de disposiciones legislativas necesarias para operativizar mandatos constitucionales concretos constituye un incumplimiento de la Constitución Nacional, con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. En tal sentido, señaló que la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para poner en ejercicio mandatos concretos de jerarquía constitucional no puede conllevar la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la Constitución Nacional. Finalmente, concluyó que de ello se colige necesariamente la exigencia de control de tales omisiones legislativas y su subsanación.

La Corte se apoyó en una doble justificación: la fuerza normativa de la constitución y el artículo 2 de la CADH. De esta manera, instrumentó pretorianamente la satisfacción del doble conforme mediante el recurso de casación horizontal, a resolverse por otra sala de la Cámara de Casación.

Cabe aclarar que, recientemente, en el caso “Sisti”<sup>(74)</sup>, la Corte se declaró incompetente para conocer en un amparo iniciado por una persona y una ONG, a fin de que se ordene al Congreso Nacional que, para las próximas elecciones de diputados nacionales, actualice la representación al último censo poblacional realizado en el país (artículo 45 de la Constitución Nacional). Sostenían los actores que tal norma se ve quebrantada frente a la falta de actualización, por un período de casi treinta años, de la representación en la Cámara de Diputados y generaba un agravio concreto en el derecho a voto de los electores de las provincias subrepresentadas.

También se pronunció a través de un voto conjunto que tuvo en cuenta que no correspondía la integración de la litis con las veintitrés provincias. Ahora bien, en torno al rol del Tribunal en materia de inconstitucionalidad por omisión, agregó que “teniendo en cuenta el objeto per-

(70) Considerando 15.

(71) Sentencia del 24/2/2009, Fallos: 332:111.

(72) CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia de 18/8/2016, Fallos 339:1077; el criterio fue reiterado en CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, sentencia del 1/11/2016, Fallos 339:1562.

(73) CSJN, “P., S. M. y otro s/ homicidio simple”, sentencia del 26/12/2019, Fallos 342:2389.

(74) CSJN, “Sisti, Pedro Luis y otro c/ Estado Nacional s/ Amparo”, sentencia de 15/04/2021, Fallos: 344:603.

(65) Sentencia del 1/6/2000, Fallos: 323:1339.

(66) Voto de los Dres. Moliné O'Connor y Boggiano, considerando 15.

(67) Sentencia de 24/10/2000. Fallos: 323:3229. Considerando 16.

(68) Fallos 329:3089.

(69) Fallos 330:4866.

seguido mediante esta acción, cual es, la declaración de inconstitucionalidad de una ley y la conminación al Poder Legislativo para el dictado de otra en su lugar en un plazo determinado, la citación de las provincias en los términos pretendidos importaría tanto como convertir al Tribunal en un órgano deliberativo con el fin último de obtener una sentencia que determine los criterios a los cuales debería ajustarse el legislador a los efectos del dictado de la norma omitida, pretensión que exigiría apartarse del procedimiento habilitado por la Constitución para la formación de las leyes, arrogándose el Poder Judicial mayores facultades que las que le han sido conferidas expresamente, e invadiendo de ese modo la órbita de competencias exclusivas del Congreso Nacional, al que el constituyente le encomendó expresamente su dictado (art. 45, Constitución Nacional)<sup>(75)</sup>. Rosatti, por sus fundamentos, también rechazó la competencia originaria. Maqueda votó en disidencia.

*f) Control de omisiones en el federalismo de concertación*

Son múltiples las causas en las cuales el máximo tribunal argentino recurrió a modalidades dialógicas para exhortar al cumplimiento de pautas constitucionales relativas al sistema federal. Un ejemplo de ello puede encontrarse en el voto de Lorenzetti y Maqueda en la causa “Corrales”, donde se consideró que “resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional”<sup>(76)</sup>.

El mecanismo también fue aplicado en materia de coparticipación, de lo que dan cuenta dos sentencias del año 2015, luego replicadas en otros fallos, donde la Corte hizo lugar a las demandas planteadas por las provincias de Santa Fe y San Luis<sup>(77)</sup>. Señaló el máximo tribunal argentino que habían transcurrido casi veinte años desde la fecha fijada por la Constitución Nacional para establecer un nuevo régimen de coparticipación, lo cual conspiraba contra el objetivo de los constituyentes de 1994 de fortalecer el federalismo. Tal omisión no encuentra justificación, a criterio del Tribunal, dado que la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto. En consecuencia, la Corte exigió que haya un diálogo institucional para que se reglamente un nuevo Pacto Federal Fiscal, y así se llegue a un nuevo régimen de distribución de recursos entre el Gobierno nacional y los gobiernos provinciales. Específicamente, sin que ello implique relevar de responsabilidades a las jurisdicciones locales, estimó que corresponde que los poderes federales (Poder Ejecutivo Nacional y Congreso Nacional) asuman el rol institucional que les compete como coordinadores del sistema federal de concertación, implementado con rango constitucional en 1994, y formulen las convocatorias pertinentes a los efectos de elaborar las propuestas normativas necesarias para implementar el tan demorado sistema de coparticipación.

A cuatro años de la exhortación realizada en el precedente “Corrales” ya citado, a veintitrés de la sanción de la constitución porteña y a veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, la Corte dictó el caso “Bazán”<sup>(78)</sup>, nuevamente relativo a la autonomía jurisdiccional de CABA. El Tribunal fue enfático, al sostener que el “inmovilismo” en llevar a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la CABA debe ser considerado como un desajuste institucional grave de uno de los mecanismos estructurales de funcionamiento del federalismo, sin que la demora en la concreción del mandato constitucional aparezca de manera alguna razonablemente justificada. Señaló asimismo que la omisión en la

transferencia de las competencias de la justicia nacional al Poder Judicial de la CABA no solamente constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional (artículo 129), con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto, sino que impacta, además, en la distribución de los recursos públicos en la medida en que –como consecuencia de dicha omisión– las veintitrés provincias argentinas se hacen cargo de financiar los gastos que demanda el servicio de administración de justicia del restante distrito.

Así, concluyó que, de ahora en más, será el Tribunal Superior de Justicia de CABA el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad.

El tema fue retomado en el caso “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal”<sup>(79)</sup>. El Tribunal señaló que, para no afectar la continuidad de su proceso de institucionalización, CABA debe generar un autogobierno entendido como el derecho de sancionar y aplicar sus leyes sin someterse a ninguna otra autoridad, pero también debe contar con la misma posibilidad que tienen las provincias de contar con un tribunal imparcial para dirimir las controversias que pudiera tener con ellas, por lo que cabe reconocerle el mismo derecho a la competencia originaria de la CSJN (artículos 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional).

Por su parte, en “Asoc. Pers. Munic. las Colonias”, la Corte exhortó a las autoridades de la Provincia de Santa Fe a dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento del mandato que emerge del artículo 123 de la Constitución Nacional, es decir, concretizar la autonomía municipal<sup>(80)</sup>.

*g) Control de la omisión del Poder Ejecutivo en reglamentar una ley*

El control de la inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo en la reglamentación de una ley fue expresamente admitido por la Corte con relación a la Ley de Contrato de Trabajo<sup>(81)</sup> en cuanto exige a determinadas empresas la instrumentación de guarderías<sup>(82)</sup>.

En la causa, la Cámara condenó al Poder Ejecutivo Nacional a reglamentar, en el plazo de noventa días hábiles, el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo que dispone “[e]n los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”. Contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la queja. La Corte, por mayoría, declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

Fundó su decisión en que la falta de reglamentación conduce en la práctica a privar de efectos jurídicos a la disposición, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores y es la causa que impide el ejercicio del derecho, porque no hay otro modo de obtener su satisfacción. Es de suma relevancia cómo la Corte refirió a la viabilidad del amparo como mecanismo de control de inconstitucionalidad por omisión. El tema recibió respuesta positiva, ya que a meses del dictado de la sentencia se produjo la adopción del decreto respectivo<sup>(83)</sup>.

## VIII. Recapitulación

El fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich” ha sido la piedra angular sobre la cual floreció la doctrina del control de inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo en la concreción de derechos consagrados por el bloque de constitucionalidad.

En torno a ella, la respuesta jurisprudencial de la CSJN se ha robustecido. En primer lugar, es generosa en el reconocimiento de la operatividad de las cláusulas constitucionales y convencionales, independientemente de su

(75) Ídem, Considerando 5°.

(76) CSJN, “Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ hábeas corpus”, sentencia del 9/12/2015, Fallos: 338:1517, considerando 9° del voto de Lorenzetti y Maqueda.

(77) CSJN, “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 24/11/2015, Fallos: 338:1389 y CSJN, “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, sentencia del 24/11/2015, CSJ 191/2009 (45-S)/CS1.

(78) CSJN, “Bazán, Fernando s/ amenazas”, sentencia del 4/4/2019, Fallos: 342:509.

(79) CSJN, sentencia del 4/4/2019, Fallos: 342:533.

(80) CSJN, “Asoc. Pers. Munic. las Colonias c/ Fed. Sind. Trab. Munic. Festram y otros s/ acción de amparo”, sentencia de 29/10/2020, Fallos: 343:1389.

(81) Ley 20.744, BO 27/9/1974.

(82) CSJN, “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 21/10/2021, Fallos: 344:3011.

(83) PEN, Decreto Reglamentario 144/2022, BO 23/3/2022.

andamiaje legislativo o reglamentario. De esta manera, se han controlado omisiones tanto del Poder Ejecutivo como Legislativo, siempre que la omisión sea subsanable directamente por el Poder Judicial, sobre la base de una previsión constitucional que posee un mandato.

Específicamente, mediante el recurso a la fórmula de las sentencias aditivas, o bien exhortativas e, incluso, diferidas, ha realizado control de inconstitucionalidad por omisión del órgano legislativo, exhortando al dictado de normas omitidas, la instrumentación de remedios procesales idóneos, la actualización de normas que devinieron inconstitucionales, la concretización de prerrogativas de departamentos del sistema federal argentino y también la designación de un funcionario constitucionalmente dota-

do de amplias potestades con miras a la tutela de los derechos de los habitantes.

**VOCES:** DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO NACIONAL - RELIGIÓN - CULTO - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHO INTERNACIONAL - TELEVISIÓN - PRENSA - LIBERTAD DE PRENSA - DERECHO DE RESPUESTA - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - LEGITIMACIÓN PROCESAL - DERECHO DE RÉPLICA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER LEGISLATIVO

## A treinta años del caso “Ekmekdjian”: un auténtico big bang en el sistema jurídico argentino

por ALFONSO SANTIAGO(\*)

Pocos casos a lo largo de la historia de la Corte Suprema argentina han tenido tanta trascendencia y puesto en marcha tantos rumbos constitucionales, legislativos y jurisprudenciales como el caso “Ekmekdjian”<sup>(1)</sup>, resuelto por nuestro más alto tribunal el 7 de julio de 1992, hace ahora treinta años.

En una breve enumeración de esas nuevas líneas jurisprudenciales planteadas en este fallo, podemos mencionar las siguientes:

- a) Establecimiento de la supremacía de los Tratados Internacionales sobre las leyes nacionales.
- b) Operatividad jurídica directa de los derechos humanos consagrados en los Tratados Internacionales.
- c) Consagración del derecho de réplica.
- d) Protección de los sentimientos religiosos como parte del derecho de libertad religiosa y su armonización con la libertad de expresión.
- e) Aceptación de un amparo colectivo y establecimiento de un criterio para la legitimación y tutela de un derecho de incidencia colectiva.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *Un fallo sobre derecho a réplica que pone en mora al Congreso*, por ALBERTO BIANCHI, ED, 148-339; *El “adentro” y el “afuera” del derecho de réplica*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 148-348; *La supremacía constitucional y los tratados internacionales*, por HORACIO SÁNCHEZ PARODI, ED, 158-1055; *Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994*, por DANIEL EDUARDO VICENTE y JORGE LUIS RODRÍGUEZ, ED, 163-911; *La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos*, por FERNANDO BARROSO, ED, 163-922; *La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución argentina*, por ARIEL DULITZKY, ED, 163-936; *Preeminencia del derecho a la intimidad, sobre la libertad de informar*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-110; *En otro fallo sobre libertad de prensa. Practicidad y congruencia*, por GERARDO ANCAROLA, ED, 172-459; *Razonable limitación de la libertad de prensa*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-550; *Libertad de Prensa*, por ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ, ED, 172-1003; *Otra vez la libertad de prensa se enfrenta con el derecho al honor*, por MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, ED, 174-160; *El fin y los medios (El standard de la malicia real en la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas)*, por VÍCTOR BAZÁN, ED, 179-256; *La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos*, por RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, ED, 180-1383; *Constitucionalidad y extensión del derecho de rectificación o respuesta. Análisis del caso “Petric c. Página 12”*, por JULIO CÉSAR RIVERA, ED, 181-1098; *Imposibilidad de separar lo “informado” de lo “comentado u opinado”*, por MIGUEL M. PADILLA, ED, 182-187; *La responsabilidad civil de los medios de comunicación y la precisión de las reglas de la doctrina “Campillay”*, por EMILIO A. IBARLUCIA, ED, 203-388; *La doctrina Campillay. Exégesis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 206-964; *Libertad de expresión artística y derechos personalísimos*, por EMILIO A. IBARLUCIA, ED, 206-571; *El marco redaccional en el estándar “Campillay”. Sobre la neutralidad y la imparcialidad del periodismo en la reproducción de los dichos de otros*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 213-852; *La vigencia de la doctrina “Ekmekdjian”*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 282-680. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Doctor en Derecho (UBA); Profesor Titular de Derecho Constitucional (Universidad Austral). Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Correo electrónico: [asantiago@austral.edu.ar](mailto:asantiago@austral.edu.ar).

(1) Caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, ED, 148-338; Fallos, 315:1492 (1992).

f) Reflexiones sobre el rol institucional de la Corte Suprema, tras el establecimiento del *certiorari* a través de la modificación del art. 280 del CPCC.

### 1) Los hechos del caso y el trámite del proceso

Miguel Ángel Ekmekdjian, destacado constitucionalista y profesor titular de la Facultad de Derecho de la UBA, había promovido una acción de amparo contra Gerardo Sofovich, responsable de un programa televisivo en el que se habían vertido ciertas opiniones agraviantes sobre la Virgen María y Jesucristo.

El amparista, que se consideraba lesionado en sus sentimientos religiosos, pretendía ejercer el derecho de réplica en los términos del art. 14.1 de la CADH.

En primera y segunda instancia, su pretensión fue rechazada, argumentándose que el art. 14.1 consagra el derecho de respuesta “en las condiciones que establezca la ley”, por lo que, a criterio del tribunal, el derecho de réplica no tendría carácter operativo y no podría ser ejercido hasta tanto fuera reglamentado por el derecho interno.

La Corte Suprema, en voto dividido: cinco votos a cuatro, revocó la sentencia e hizo lugar al reclamo del actor. Integran la mayoría los Dres. Cavagna Martínez, Barra, Nazareno, Boggiano y Fayt. Los Dres. Levene, Belluscio, Petracchi y Moliné O’Connor –estos dos últimos en forma conjunta– suscribieron votos disidentes.

Cabe recordar que una acción similar para ejercer el derecho de réplica, por parte del mismo actor, había sido rechazada por la Corte Suprema cuatro años atrás por la Corte de la décima etapa (1983-1990)<sup>(2)</sup>, designada por el presidente Alfonsín, y que pretendió caracterizarse por una fuerte protección de los derechos humanos.

(2) Sintetizando los casos “Sánchez Abelenda c. Ediciones La Urraca S.A.” (Fallos 311-2553, 1988) y “Ekmekdjian c. Neustad” (Fallos 311-2497, 1988), resueltos el mismo día, afirma Alberto Bianchi: “en el primero de ellos, el presbítero Raúl Sánchez Abelenda demandó a una publicación denominada *El Periodista de Buenos Aires*, para que rectificara una noticia en la cual se lo involucraba con los hechos sediciosos que dieron lugar al dictado del estado de sitio a fines de noviembre de 1985. Manifestaba no haber tenido participación alguna en ellos. Condenados en primera y segunda instancia, los demandados interpusieron recurso extraordinario que, rechazado, motivó una queja ante la Corte. A su turno, ésta revocó los pronunciamientos anteriores. Influyó en su decisión la negativa a reconocer el derecho de réplica como parte del derecho interno –no obstante estar previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos– por no hallarse reglamentado, posición que ya había adoptado en el caso Costa. Tampoco fue admitida su inclusión implícita en el artículo 33 de la Constitución. «... reconocer un derecho a réplica en favor del actor, basado en el art. 33 de la Constitución Nacional, significaría limitar sensiblemente los derechos expresamente reconocidos a la demandada por la Ley Fundamental, dejando, así, en manos de los jueces la facultad de definir por sí mismos los alcances de un supuesto derecho de amplios y definidos contornos, sin que ninguna ley autorice expresamente dicha intervención». Con igual criterio fue resuelto el segundo caso, promovido por un profesor de Derecho Constitucional a raíz de unas expresiones de Arturo Frondizi vertidas en un programa de televisión”, Bianchi, Alberto, “La Corte durante la Presidencia de Alfonsín”, en Santiago, Alfonso (Director). *Historia de la Corte Suprema Argentina*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014, Tomo III, p. 1252.



## 2) Contenido del fallo

### a) Voto mayoritario

Luego de un profundo desarrollo relativo a los fundamentos del derecho a réplica y a su necesaria armonización con la libertad de prensa, el voto mayoritario analizó dos trascendentales asuntos de derecho internacional: la supremacía de los tratados internacionales sobre la normativa interna y la operatividad de los derechos consagrados en instrumentos internacionales.

Respecto de la primera cuestión, se sostuvo que un tratado internacional constitucionalmente celebrado es un *acto complejo federal*, ya que en su celebración intervienen tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo. Por ende, la derogación de un tratado por una ley del Congreso violentaría la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional. Se estaría frente a un avance inconstitucional del Congreso sobre el Poder Ejecutivo, quien tiene entre sus atribuciones la de conducir, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación.

Por otra parte, la supralegalidad de los tratados también encuentra respaldo en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados que dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. La ratificación de esta Convención por nuestro país importó, en palabras de la mayoría, “un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno”<sup>(3)</sup>. Dos años más tarde, este criterio adoptado en “Ekmekdjian” quedaría plasmado en el art. 75, inc. 22.1, de la Constitución Nacional.

En cuanto a la operatividad de los tratados, se expresa que cuando la Nación ratifica un tratado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, “siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”<sup>(4)</sup>. En el caso del art. 14.1 de la Convención, entiende la Corte, la redacción es clara y terminante porque otorga el derecho de rectificación o respuesta ante ciertas situaciones suficientemente descritas (v.gr., informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de medios de difusión legalmente reglamentados y dirigidas al público en general). A su vez, el hecho de que el artículo esté encabezado por la fórmula “toda persona [...] tiene derecho a” –a diferencia de otras como “la ley debe reconocer”– viene a confirmar la operatividad de este derecho. Sin perjuicio de ello, el tratado deja librada a cada estado parte la reglamentación de las particularidades referentes al ejercicio efectivo del derecho de rectificación. La pregunta es: ¿qué actitud debe asumir la Corte frente al caso en que no se hubiere dictado la normativa interna reglamentaria, no obstante, el reconocido carácter operativo del derecho en cuestión?

En el considerando 22, la mayoría da respuesta a este interrogante: “... las palabras «en las condiciones que establezca la ley» se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas [...]. En este sentido, puede el Tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercerá en el caso concreto”<sup>(5)</sup>.

Haciendo uso de esta atribución, entendió el voto mayoritario que, en el caso, resultaba suficiente que se hiciera una lectura en el programa de Sofovich de la primera hoja de la carta redactada por el actor para acceder a su petición.

El voto mayoritario entiende que la protección de los sentimientos religiosos frente a ofensa gratuitas e innecesarias forma parte de la libertad religiosa que la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes: “... la defensa de los sentimientos religiosos, en el caso a través del ejercicio del derecho de respuesta, forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución en su art. 14. Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación –a través de los medios de difusión– de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, estas pueden sentirse

moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva”<sup>(6)</sup>.

También, en el voto mayoritario de la Corte, se reconoce legitimidad activa al demandante para solicitar el derecho de réplica, en nombre de todos los fieles cristianos, con motivo de unas declaraciones ofensivas hacia sus sentimientos religiosos formuladas por un escritor en un programa televisivo.

En primera y segunda instancia, esta legitimidad había sido denegada al actor. La mayoría de la Corte observa que, ante la falta de legislación sobre la materia y la trascendencia jurídica e institucional de la cuestión planteada, corresponde reconocer la legitimación del demandante.

Los jueces, siguiendo al derecho norteamericano, con el fin de considerar la habilitación de la revisión judicial, distinguen entre intereses “materiales”, “ideológicos” y aquellos que se refieren a la vigencia efectiva de la ley.

En este caso, se destaca la presencia de intereses “ideológicos”, que son aquellos que buscan la afirmación de principios morales y religiosos, lo que implica que, cuando el interés alcanza una suficiente fuerza y compromiso en el actor, no pueden ser excluidos de la tutela judicial.

Para la mayoría, el derecho a réplica es un derecho subjetivo de carácter especial y de reconocimiento excepcional, cuyos efectos reparadores alcanzan al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio. Para la Corte, en esta clase de casos, en que se afectó, además de al demandante, a millones de ciudadanos, la persona que replica asume una suerte de representación colectiva que puede ser ejercida en virtud de una preferencia temporal, por ser el primero en iniciar la acción.

### b) Los votos en disidencia

Tanto el voto en disidencia de los Dres. Petracchi y Moliné O’Connor como el del Dr. Levene comparten las apreciaciones de la mayoría respecto de la supremacía y *presunción de operatividad* de las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos y, en particular, del art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica. No obstante, consideran que el recurrente, al no haber sido aludido personalmente en el programa de televisión, no se encuentra facultado para ejercer una réplica. Es decir, disienten en lo relativo a los alcances del derecho a réplica –y la consecuente legitimación del actor–, pero adhieren íntegramente a los principios sentados en el voto mayoritario en materia de derecho internacional.

En cambio, en su voto, el Dr. Belluscio se muestra contrario a la operatividad del derecho a réplica consagrado por el art. 14.1. En una postura diametralmente opuesta a la de la mayoría afirma: “... mientras tal ley no sea dictada no podrá adquirir operatividad. En tanto ello no ocurra –cuestión esta de política legislativa, ajena a los órganos jurisdiccionales– rige el principio de reserva consagrado por el art. 19 de la Constitución, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda”<sup>(7)</sup>.

En su voto de disidencia en el caso “Ekmekdjian”<sup>(8)</sup>, los Dres. Petracchi y Moliné O’Connor aprovechan la ocasión para afirmar que la introducción del *certiorari* hace más claro “el emplazamiento que esta Corte posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación”<sup>(9)</sup> e indirectamente se pronunciaron sobre la posibilidad de admitir un *certiorari* positivo al sostener que “así como la Corte se encuentra habilitada para desestimar los asuntos que carezcan de trascendencia, así también lo está para intervenir cuando de un modo claro aparezca dicha trascendencia aunque, como ocurre en el *sub lite*, el recaudo de fundamentación no se encuentre suficientemente cumplido”<sup>(10)</sup>.

(6) Fallos, 315:1492, Consid. 27 del voto mayoritario.

(7) Ídem, Consid. 5 del voto en disidencia del Dr. Belluscio.

(8) Caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos, 315:1492 (1992).

(9) Ídem, Consid. 3 del voto en disidencia de los Dres. Petracchi y Moliné O’Connor. Años después, este criterio será utilizado en el caso “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios” para declarar la inconstitucionalidad del recurso de apelación ordinario ante la Corte Suprema en materia previsional por considerar que ello distorsiona la misión institucional que ella está llamada a cumplir dentro de nuestro sistema institucional. Fallos, 328:566 (2005).

(10) Fallos, 315:1492, Consid. 9 del voto en disidencia de los Dres. Petracchi y Moliné O’Connor.

(3) Fallos, 315:1492, Consid. 18 del voto de la mayoría.

(4) Ídem, Consid. 20 del voto de la mayoría.

(5) Fallos, 315:1492, Consid. 22 del voto de la mayoría.

### 3) Proyecciones del fallo “Ekmekdjian”

Sin lugar a duda, la proyección más importante de la doctrina jurisprudencial del caso que estamos comentando se dio con la reforma de 1994, en relación al régimen constitucional de los tratados internacionales que allí se realizó. Siguiendo los criterios establecidos en el caso “Ekmekdjian”, el Constituyente de 1994 estableció que los tratados ordinarios son superiores a las leyes (art. 75, inc. 22.1), otorgó jerarquía constitucional a once tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22.2) y reconoció al Congreso la facultad de dar ese rango normativo a otros tratados sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22.3). Complementariamente, en el art. 75, inc. 24), se autorizó la transferencia de competencias a organismos supranacionales, cuyas normas tienen también jerarquía superior a las leyes ordinarias.

En relación con el derecho de réplica, en fallos posteriores, el Tribunal ratificó la doctrina del caso “Ekmekdjian c/Sofovich”<sup>(11)</sup> y realizó una serie de precisiones sobre los requisitos de admisibilidad del derecho de réplica. Así en el caso “Petric”<sup>(12)</sup>, se señaló que procede solo frente a informaciones inexactas y perjudiciales a un sujeto determinado y concreto<sup>(13)</sup>, y no frente a meras opiniones o ideas vertidas en los medios de comunicación. También, se determina que, cuando el art. 14.1 de la CADH hace referencia a los “medios de difusión legalmente reglamentados”, no limita el derecho de réplica únicamente a los medios de comunicación estatales<sup>(14)</sup>.

También en el caso “Rozenblum”<sup>(15)</sup>, aunque el voto de la mayoría deniega el recurso de queja interpuesto por la demandada, los votos en disidencia de los Dres. Moliné O’Connor, López y Boggiano contienen un aporte interesante, cuando sostienen que no es necesario requerir al agraviado que pruebe la falsedad de la información manifestada<sup>(16)</sup>, pues no debe confundirse la acción civil de daños y perjuicios con el derecho de réplica, que no solo

(11) Cfr. caso “Horacio Conesa Mones Ruiz c/Diario Pregón s/ recurso de inconstitucionalidad y casación”, Fallos, 319:459 (1996), donde se confirma por mayoría de siete votos lo ya resuelto en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”.

(12) Caso “Petric, Domagoj A. c/Diario Página 12”, Fallos, 321:885 (1998), que –en lo principal– trató sobre una demanda por rectificación contra el diario *Página/12*, que le atribuyó el desarrollo de actividades de reclutamiento de mercenarios para su envío a combatir con las fuerzas armadas croatas en la guerra de Bosnia-Herzegovina.

(13) Adelantado ya por la disidencia de Petracchi y Moliné O’Connor *in re* “Ekmekdjian” (Consids. 19 a 24).

(14) Cfr. Fallos, 321:885, Consid. 6 de la mayoría (integrada por los Dres. Petracchi, Bossert y López).

(15) Caso “Rozenblum, Horacio B. c/Vigil, Constancio C. y otros”, Fallos, 321:2314 (1998).

(16) Es justamente lo contrario a lo sostenido en “Petric”. Cfr. Consids. 15 del voto de los Dres. Moliné O’Connor y López, y Consids. 13 y 14 del de Boggiano *in re* “Rozenblum”. Al respecto, el voto del Dr. Vázquez –Consid. 13– trae a colación la denominada *exceptio veritatis* y determina que el medio periodístico puede probar la verdad de la declaración a los efectos del rechazo de la demanda, mas si no

se dirige a la reparación, sino también a enriquecer el debate social.

### 4) Encuadre y valoración de la actuación de la Corte Suprema en el caso “Ekmekdjian”

El caso “Ekmekdjian” configura un fallo institucional o trascendente con las características que le hemos dado a esa categoría jurídica<sup>(17)</sup>.

Consideramos que en este caso la Corte Suprema asumió una clara actitud activista<sup>(18)</sup>. A través de un cambio en la interpretación, introduce un cambio de entidad constitucional de gran trascendencia, como lo es el admitir la superioridad jerárquica de los tratados internacionales sobre las leyes. Por otra parte, supliendo la omisión legislativa<sup>(19)</sup>, otorga operatividad y protección al derecho de réplica. El Tribunal adopta un claro protagonismo político y funda su decisión en la doctrina sobre el carácter operativo de los derechos y la interpretación actualizadora de la constitución.

Estamos en una situación próxima al límite de la legitimidad del activismo de la Corte Suprema. El Tribunal, ante una omisión legislativa y la necesidad de otorgar tutela efectiva a la libertad religiosa del actor, suple al legislador e instaura el derecho de réplica con criterio amplio. Por otra parte, aprovecha el caso y –sin que sea estrictamente imprescindible para su resolución– modifica su interpretación constitucional en materia de jerarquía normativa de los tratados, que, entre otras consecuencias, favorece los procesos de integración económica puestos en marcha en esos años por los poderes políticos con la firma del Tratado del Mercosur.

Consideramos que la decisión de la Corte Suprema ha sido acertada, audaz y creativa y ha producido buenos y manifiestos frutos para la mejora de nuestro sistema jurídico.

**VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO NACIONAL - RELIGIÓN - CULTO - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHO INTERNACIONAL - TELEVISIÓN - PRENSA - LIBERTAD DE PRENSA - DERECHO DE RESPUESTA - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - LEGITIMACIÓN PROCESAL - DERECHO DE RÉPLICA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER LEGISLATIVO**

lo logra se debe hacer lugar a la demanda con “la sola aserción del actor de que la noticia es inexacta para él”.

(17) Cfr. Santiago, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

(18) *Idem*.

(19) La Convención Interamericana había sido aprobada por ley 23.054 (BO 27/3/1984) y ratificada por nuestro país en 1984. Es decir que el Congreso tuvo un período de ocho años sin que procediera a reglamentar el derecho de réplica.

# A treinta años de la sentencia “Ekmekdjian c/Sofovich”

## Al profesor Miguel Ángel Ekmekdjian, *in memoriam*

por ALFREDO MAURICIO VÍTOLO<sup>(\*)</sup>

Cuando desde EL DERECHO me invitaron a participar de este número en recuerdo del trigésimo aniversario de la famosa sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”<sup>(1)</sup>, acepté con entusiasmo.

Mi aceptación no tuvo que ver tanto con la posibilidad de brindar una posición más sobre el contenido de esta sentencia —que fue el punto a partir del cual nuestros convencionales constituyentes de 1994 desarrollaron el nuevo artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, que reformuló el rol del derecho internacional y, particularmente, del derecho internacional de los derechos humanos en nuestro sistema constitucional—<sup>(2)</sup>. Mi aceptación se debió, principalmente, a que la invitación me da la posibilidad de referirme, en unas pocas líneas, al profesor Miguel Ángel Ekmekdjian, el motor detrás de la decisión que hoy recordamos.

Miguel Ángel Ekmekdjian, hace ya 40 años, fue mi profesor de grado en el curso de Derecho Constitucional II en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y, luego, el titular de la cátedra que me dio cobijo cuando, recién recibido de abogado, empecé mi carrera académica en la maravillosa rama del Derecho Constitucional.

Una cita frecuentemente recordada del juez Charles Evans Hughes de la Corte Suprema de los Estados Unidos dice: “vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución no es sino lo que los jueces dicen que es”. La interpretación judicial de la Constitución en su subsunción al caso concreto constituye, indudablemente, tarea de los jueces. Esta es una regla no cuestionada, más allá de las diversas posturas que puedan existir acerca de los

métodos interpretativos aplicables y del mayor o menor activismo que deba revestir la acción judicial.

No obstante, la función primordial de los jueces en el Estado constitucional de derecho no es la de interpretar la ley. Esta interpretación es solo consecuencia de la función constitucional asignada a los integrantes del Poder Judicial de la Nación: la de resolver conforme a derecho las contiendas que llegan a los tribunales, en las cuales una parte busca que se reconozca su derecho agraviado por la conducta de otra. Nuestra Constitución es clara cuando señala, en su artículo 18, que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Los jueces no son legisladores, sino intérpretes; consecuentemente, tampoco pueden actuar fuera del marco del caso sometido a su consideración. Así lo expresa el artículo 116 de nuestra Constitución: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación...” (el resaltado es propio).

Por ello, la intervención del juez nunca se da en el vacío. La sentencia judicial no es una especulación académica abstracta, sino la aplicación de la ley en el caso concreto. Como ha dicho nuestra Corte Suprema, los pronunciamientos judiciales “[...] se encuentran condicionados a la presentación de ‘casos justiciables’”. Esta condición se configura cuando concurren dos recaudos: por una parte, debe tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante; por otra, la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial...<sup>(3)</sup>. El sistema de frenos y contrapesos diseñado por el constituyente procura así mantener el delicado equilibrio entre los diferentes poderes del Estado.

De este modo, el *holding* de la decisión de la Corte Suprema en “Ekmekdjian c/Sofovich”, según el cual corresponde “asignar primacía a [un] tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional”<sup>(4)</sup>, incorporado luego al artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución, no podría nunca haber existido sin el tesón de quien llevó el caso hasta la instancia máxima de nuestra justicia, el profesor Ekmekdjian.

Miguel Ángel Ekmekdjian fue un hombre de fuertes y profundas convicciones, un apasionado de la defensa de la República; y un convencido de la necesidad de transmitir esa pasión a las futuras generaciones de abogados. Como ya señalé, lo conocí como mi profesor en 1982. En ese año, antes de que el trágico conflicto de Malvinas abriera la puerta a la restauración democrática, comenzó el curso a su cargo señalándonos, no con poca tristeza: “vamos a estudiar ciencia ficción”. Era la época de las “urnas bien guardadas”, pero ello no lo hacía cejar en su empeño por transmitirnos los valores de la Constitución y su razón de ser, “asegurar los beneficios de la libertad”, tal como dispone el Preámbulo<sup>(5)</sup>. Ese fue también el año en que concluyó su primer libro, publicado al año siguiente, dedicado, como otros luego, a sus alumnos, el *Análisis Pedagógico de la Constitución Nacional*<sup>(6)</sup>. También 1982 fue el año en que fue operado por primera vez debido a la enfermedad que, años más tarde, terminó con su vida, cuando todavía era muy joven.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Un fallo sobre derecho a réplica que pone en mora al Congreso*, por ALBERTO BIANCHI, ED, 148-339; *El “adentro” y el “afuera” del derecho de réplica*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 148-348; *La supremacía constitucional y los tratados internacionales*, por HORACIO SÁNCHEZ PARODI, ED, 158-1055; *Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994*, por DANIEL EDUARDO VICENTE y JORGE LUIS RODRÍGUEZ, ED, 163-911; *La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos*, por FERNANDO BARROSO, ED, 163-922; *La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución argentina*, por ARIEL DULITZKY, ED, 163-936; *Preeminencia del derecho a la intimidad, sobre la libertad de informar*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-110; *En otro fallo sobre libertad de prensa. Practicidad y congruencia*, por GERARDO ANCAROLA, ED, 172-459; *Razonable limitación de la libertad de prensa*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 172-550; *Libertad de Prensa*, por ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ, ED, 172-1003; *Otra vez la libertad de prensa se enfrenta con el derecho al honor*, por MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, ED, 174-160; *El fin y los medios (El standard de la malicia real en la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas)*, por VÍCTOR BAZÁN, ED, 179-256; *La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos*, por RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, ED, 180-1383; *Constitucionalidad y extensión del derecho de rectificación o respuesta. Análisis del caso “Petric c. Página 12”*, por JULIO CÉSAR RIVERA, ED, 181-1098; *Imposibilidad de separar lo “informado” de lo “comentado u opinado”*, por MIGUEL M. PADILLA, ED, 182-187; *La responsabilidad civil de los medios de comunicación y la precisión de las reglas de la doctrina “Campillay”*, por EMILIO A. IBARLUCÍA, ED, 203-388; *La doctrina Campillay. Exégesis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 206-964; *Libertad de expresión artística y derechos personalísimos*, por EMILIO A. IBARLUCÍA, ED, 206-571; *El marco redaccional en el estándar “Campillay”. Sobre la neutralidad y la imparcialidad del periodismo en la reproducción de los dichos de otros*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 213-852; *La vigencia de la doctrina “Ekmekdjian”*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 282-680. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(1) Profesor Adjunto de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías (UBA). Profesor de Derechos Humanos (UCA y UB). Profesor invitado (Universidad Austral). Correo electrónico: [alfredovito@uca.edu.ar](mailto:alfredovito@uca.edu.ar).

(2) CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7/7/1992, ED, 148-338; Fallos: 315:1492.

(3) Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, Sesión Plenaria del 2 de agosto de 1994. No obstante, la reacción del profesor Ekmekdjian al nuevo artículo 75, inciso 22 de la Constitución fue crítica. En su opinión, que comparto, no fue correcta la jerarquización constitucional de diferentes instrumentos sobre derechos humanos que consideró que nunca podrían estar al mismo nivel (ni mucho menos superior) al de la Constitución (véase Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997, Tomo IV, § 623).

(3) CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional”, Fallos 342:917, considerando 6°.

(4) CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos: 315:1492, considerando 19.

(5) “Este es el objetivo más trascendente de todos los enunciados en el preámbulo [...] Es la adhesión plena del Estado argentino al principio según el cual el individuo es el fin y el estado es solo un medio. Es el reconocimiento de que toda la ingeniería constitucional tiene por objetivo fundamental proteger el espacio de la libertad frente al poder, que trata permanentemente de expandir el suyo a expensas del de aquella”. Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1990, cap. 5.4.

(6) Buenos Aires, Depalma, 1983.

Siempre preocupado por la permanente lucha entre el poder y la libertad, “magnitudes inversamente proporcionales”<sup>(7)</sup>, por la necesidad de asegurar la primacía de la dignidad de la persona en el orden jerárquico de los derechos individuales<sup>(8)</sup>, y por las demasías del poder; el retorno a la democracia y la aprobación por nuestro país de los principales tratados sobre derechos humanos –la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>(9)</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–<sup>(10)</sup> llevaron a Ekmekdjian a profundizar acerca del papel que estas nuevas normas tenían en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, explicaba que “la aprobación por la República Argentina de los Tratados, convenios y declaraciones de derechos humanos [...] implican un verdadero progreso en la defensa de la libertad del hombre contra los abusos de los gobernantes”<sup>(11)</sup>. Así, defendió desde temprano la plena operatividad de sus normas; en sus propias palabras: “Hemos dicho antes de ahora que consideramos que las cláusulas constitucionales que garantizan derechos individuales son siempre operativas. Mantene-mos el mismo criterio respecto a las cláusulas similares, emergentes de tratados internacionales”<sup>(12)</sup>.

Sus fuertes convicciones republicanas lo llevaban a ser crítico de muchas de las acciones del poder político. En las frecuentes reuniones de cátedra, en donde debatíamos los temas de actualidad, repasábamos el devenir académico de nuestra Facultad y la organización de los cursos, mientras nos alentaba profundizar en el estudio del Derecho Constitucional, fuimos testigos permanentes de sus muchas veces amargas quejas por el deterioro de las instituciones. Cuando su enfermedad lo golpeaba, minimizábamos su seriedad diciéndole que lo que Miguel tenía era “dolor por la República”.

Precisamente, la defensa de estos valores lo llevó a intentar demostrar judicialmente la plena operatividad de las cláusulas de los tratados sobre derechos humanos, en particular en lo referido al derecho de rectificación o respuesta, reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 14.1<sup>(13)</sup>. Sus intentos no eran un ejercicio académico, ni veleidades de profesor, sino que se fundaban en su fuerte convicción republicana de que, cuando se violentaba un derecho, este debía ser reparado, más todavía si la violación tocaba las fibras más íntimas de la personalidad, afectando su dignidad.

En 1987, durante una entrevista televisiva, el expresidente de la Nación Arturo Frondizi habría dado a entender que la legitimidad de ejercicio de un gobierno saneaba cualquier vicio en cuanto a su legitimidad de origen, y que la Patria, en ciertos momentos, estaría por encima de la Constitución y del sistema republicano, de lo que se desprendería “que podría destruirse éste para ‘salvar’ aquella”<sup>(14)</sup>. El profesor Ekmekdjian consideró que las expresiones del doctor Frondizi no solo eran erróneas, sino que agravaban sus principios republicanos (“me sentí agraviado en lo profundo de mi personalidad y de mis convicciones”<sup>(15)</sup>), pues “despoja[n] al concepto de Patria de los atributos que la Constitución le otorga, creando una entelequia vacía de contenido concreto que puede ser llenado por cualquiera que pretende acceder al poder por medios no legítimos”<sup>(16)</sup>. Ekmekdjian, por eso, solicitó a

los responsables del programa ejercer su “derecho de respuesta”.

La petición fue rechazada en todas las instancias. El fallo de la Corte Suprema<sup>(17)</sup> reiteró la doctrina sentada en *dictum* solo algunos meses antes<sup>(18)</sup> y señaló que el derecho invocado, previsto por el Pacto de San José de Costa Rica, no era operativo –pese a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había sostenido lo contrario<sup>(19)</sup>, criterio que no fue considerado por nuestro máximo tribunal– y que tampoco podía ser considerado un derecho implícito bajo el artículo 33 de la Constitución Nacional. El voto concurrente del juez Belluscio fue más allá y, al igual que lo señalado por las sentencias de primera instancia y de cámara, sostuvo que las expresiones del expresidente no eran susceptibles de generar un agravio personal que habilitara el derecho de respuesta con los alcances previstos en el tratado. Casualmente, en un trabajo casi simultáneo a los hechos que dieron lugar a esta sentencia, el profesor Ekmekdjian había sostenido exactamente lo contrario:

“[P]ensamos que un tema esencial que aún falta estudiar en relación al derecho de réplica, es si éste protege únicamente el derecho al honor de cada individuo, o si bien ampara a otros derechos (vgr. el derecho a expresar sus ideas por la prensa, etcétera). Así cabe preguntarse si la afectación de sentimientos muy acendrados en un individuo o en un grupo (vgr. de carácter religioso o nacional), debe o no incluirse en el ámbito de protección especial. La redacción del art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, no es más clara en este sentido. El inciso 1º, se refiere a los perjuicios que afecten a ‘toda persona’ lo que permite suponer que los perjuicios que afecten a otros derechos, también justifican la protección especial de la réplica”<sup>(20)</sup>.

La derrota estuvo lejos de amilanarlo. El 11 de junio de 1988, solo poco más de tres meses después de la sentencia de Cámara que no hizo lugar a su planteo, y antes de la sentencia de la Corte Suprema, otro hecho impulsó al profesor Ekmekdjian a presentar una nueva demanda, con similares fundamentos a los utilizados en el caso contra Bernardo Neustadt. Su suerte en este caso sería, sin embargo, distinta.

En el programa de Gerardo Sofovich, el escritor Dalmiro Sáenz se refirió en términos procaces a la Virgen María, Madre de Dios para quienes profesamos la religión católica. Esta expresión perturbó fuertemente los sentimientos religiosos más profundos de Miguel; por ello, solicitó ante los tribunales, una vez más, ejercer su derecho de respuesta ante lo que consideraba una blasfemia, que afectaba profundamente su dignidad como católico y no solo una opinión sobre una cuestión pública.

Si bien la Cámara Civil rechazó la decisión, con remisión a la sentencia de la Corte en la causa “Ekmekdjian c/ Neustadt”, la integración de la Corte Suprema al tiempo de dictar la nueva sentencia había cambiado. La ampliación en 1991 del número de integrantes del tribunal, así como la falta en la Corte Suprema de una clara regla de seguimiento de su propio precedente –lamentablemente, constante en el tribunal<sup>(21)</sup>– jugaron a favor de Ekmekdjian.

En esta ocasión la Corte, por mayoría, dejó sin efecto la sentencia apelada y reconoció su derecho, apartándose de su precedente dictado solo cuatro años atrás. Ocho de los nueve jueces coincidieron en la operatividad del derecho de rectificación o respuesta reconocido por el Pacto de San José de Costa Rica; mientras que cinco de ellos sostuvieron la supremacía de los tratados sobre las leyes (el principal *holding* del caso) y la legitimación del profesor Ekmekdjian para reclamar. En suma, la sentencia hizo lugar a todos los argumentos esbozados en la demanda.

(7) Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Manual...*, cit., cap. 1.4.

(8) Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Jerarquía constitucional de los derechos civiles”, *La Ley* 1985-A, 847, cita digital: TR LALEY AR/DOC/8738/2001.

(9) Ley 23.054, BO 27/3/1984.

(10) Ley 23.313, BO 13/5/1986.

(11) Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado...*, cit., § 623.

(12) Ekmekdjian, Miguel Ángel, “La ejecutoriedad de los derechos y garantías reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica y la acción de amparo”, *La Ley* 1987-B, 263, cita digital: TR LALEY AR/DOC/1823/2001, remitiendo a un trabajo anterior, Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Operatividad y programaticidad de los derechos individuales”, *El Derecho - Diario*, 22/4/1985, 113-869.

(13) Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 14.1: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados o que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

(14) Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Réplica sobre el derecho de réplica”, DJ 1988-2, 513, cita digital: TR LALEY AR/DOC/4165/2006.

(15) Ídem.

(16) La cita se extrajo de la sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 10, en autos “Ekmekdjian Miguel Ángel c/Neustadt, Bernardo y otro s/Amparo”, del 21/9/1987.

(17) CSJN, “Ekmekdjian Miguel Ángel c/Neustadt, Bernardo y otro s/Amparo”, sentencia del 1/12/1988, Fallos 311:2497. La sentencia figura solo firmada por los ministros Petracchi, Bacqué y Belluscio, este último por su voto. Ni Fayt ni Caballero participaron de la decisión.

(18) CSJN, “Costa c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 12/3/1987, Fallos 310:508 (considerando 16).

(19) Corte IDH. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-7/86*, 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

(20) Ekmekdjian, Miguel Ángel, “El derecho a la dignidad. la libertad de prensa y el derecho a réplica”, *La Ley* 1987-C, 135, cita digital: TR LALEY AR/DOC/17671/2001.

(21) En esta sentencia, como en muchas otras, la Corte mudó de postura sin sentirse obligada por su decisión anterior. Así, aplicó –una vez más– su frase más polémica: “en su actual composición este Tribunal no comparte los precedentes citados” (considerando 26).

La sentencia tomó especialmente en cuenta el fuerte impacto de las declaraciones controvertidas, advirtiendo que ellas afectaban el principio de dignidad de la persona:

“... [E]n este caso..., el núcleo de la cuestión a decidir radica en la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona en cuanto lesiona el respeto a su dignidad, honor e intimidad; y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido por medio de la prensa, la radio y la televisión. Es decir, se trata del equilibrio y armonía entre derechos de jerarquía constitucional, y en definitiva, de la tutela de la dignidad humana, en tanto se vea afectada por el ejercicio abusivo de la información”<sup>(22)</sup>.

En igual sentido, la Corte reconoció el argumento de que la dimensión religiosa integra la personalidad de los individuos y que su afectación genera el derecho a la reparación reclamable judicialmente:

“No se trata pues de una cuestión vinculada con juicios públicos sobre materias controvertibles propias de las opiniones, sino de la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan lo más profundo de su personalidad por su conexión con su sistema de creencias [...] [L]a defensa de los sentimientos religiosos, en el caso a través del ejercicio del derecho de respuesta, forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución en su art. 14. Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación –a través de los medios de difusión– de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva”<sup>(23)</sup>.

El pensamiento de Miguel quedaba así, con esta sentencia, reivindicado. Su esfuerzo de años había rendido frutos. Solo dos años después, como señalamos, el *holding* del caso recibió consagración constitucional en la reforma de 1994.

Frente a este triunfo, debido sin duda al tesón y a las convicciones de mi profesor, Miguel Ángel Ekmekdjian,

(22) Considerando 7°.

(23) Considerandos 26 y 27.

quiero finalizar estas líneas de recuerdo admirado, con las estrofas del célebre poema:

¡Oh, [C]apitán!, ¡mi [C]apitán! Nuestro espantoso viaje ha terminado.

La nave ha salvado todos los escollos, hemos ganado el premio que anhelábamos.

El puerto está cerca; oigo las campanas, al pueblo entero aclamándote,

mientras sus ojos siguen la firme quilla, la audaz y soberbia nave.

[...]

¡Oh, [C]apitán!, ¡mi [C]apitán! Levántate y oye las campanas.

Levántate. Por ti se ha izado la bandera. Por ti gorjea el clarín.

Para ti ramilletes y coronas son las cintas. Para ti las multitudes en las playas

Por ti clama la muchedumbre, a ti se vuelven los rostros ardientes [...]”<sup>(24)</sup>.

El esfuerzo de Miguel Ángel Ekmekdjian, su lucha por la reivindicación de los principios que consideraba fundamentales y la defensa de sus convicciones más íntimas a través del derecho no fueron vanos. La frase del artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional, “[l]os tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, se yergue como homenaje republicano a su empeño.

**VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO NACIONAL - RELIGIÓN - CULTO - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHO INTERNACIONAL - TELEVISIÓN - PRENSA - LIBERTAD DE PRENSA - DERECHO DE RESPUESTA - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - LEGITIMACIÓN PROCESAL - DERECHO DE RÉPLICA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER LEGISLATIVO**

(24) Whitman, Walt, “¡Oh, capitán!, ¡mi capitán!”, en *¡Oh, capitán!, ¡mi capitán!* (traducción Zardoya, Concha; selección Claudio López de Lamadrid), Madrid, Penguin Random House, 2017, pp. 63 y 64.