

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”⁽¹⁾, 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.

(*) 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.

(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)⁽²⁾, 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”⁽³⁾. 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”⁽⁴⁾. 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”⁽⁵⁾.

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”⁽⁶⁾.

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”⁽⁷⁾.

En su voto de disidencia en el caso “Ekmekdjian”⁽⁸⁾, 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”⁽⁹⁾ 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”⁽¹⁰⁾.

(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”⁽¹¹⁾ y realizó una serie de precisiones sobre los requisitos de admisibilidad del derecho de réplica. Así en el caso “Petric”⁽¹²⁾, se señaló que procede solo frente a informaciones inexactas y perjudiciales a un sujeto determinado y concreto⁽¹³⁾, 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⁽¹⁴⁾.

También en el caso “Rozenblum”⁽¹⁵⁾, 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⁽¹⁶⁾, 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⁽¹⁷⁾.

Consideramos que en este caso la Corte Suprema asumió una clara actitud activista⁽¹⁸⁾. 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⁽¹⁹⁾, 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.