

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⁽²³⁾.

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^(*)

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⁽¹⁾.

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.

(*) 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.

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

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⁽⁸⁾. 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⁽⁹⁾, 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⁽¹⁰⁾; (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”⁽¹¹⁾

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⁽¹²⁾, 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⁽¹³⁾. 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⁽¹⁴⁾.

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”⁽¹⁵⁾. 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”⁽¹⁶⁾.

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 [...]”⁽¹⁷⁾.

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”⁽¹⁸⁾; 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”⁽¹⁹⁾ 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”⁽²⁰⁾.

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⁽²¹⁾. 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⁽²²⁾.

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”⁽²³⁾.

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⁽²⁴⁾, unilaterales⁽²⁵⁾, y provenientes de un mismo emisor⁽²⁶⁾; (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”⁽²⁷⁾.

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⁽²⁸⁾ 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”⁽²⁹⁾. 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⁽³⁰⁾.

En nuestro país, luego de que la Corte sostuviera, durante muchos años, que poseían igual rango⁽³¹⁾, a partir de los casos “Ekmekdjian c/Sofovich” y “Fibraca”⁽³²⁾ 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^(*)

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.

(*) 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.

Sofovich, Gerardo y otros”⁽¹⁾ 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”⁽²⁾, 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”⁽³⁾.

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)⁽⁴⁾. 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.