

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^(*)

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⁽¹⁾, 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⁽²⁾.

“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”⁽³⁾.

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⁽⁴⁾ 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.

(*) Convencional constituyente en 1994. Exjefe de la Corte Suprema. Profesor emérito de la Facultad de Derecho (UCA). Correo electrónico: 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⁽⁵⁾.

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⁽⁶⁾, 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”⁽⁷⁾.

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”⁽⁸⁾, 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⁽⁹⁾,

(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”⁽¹⁰⁾—.

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⁽¹¹⁾, 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⁽¹²⁾, 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”⁽¹³⁾ (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⁽¹⁴⁾, 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⁽¹⁵⁾. 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⁽¹⁶⁾.

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⁽¹⁷⁾) “... 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⁽¹⁸⁾, 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”⁽¹⁹⁾.

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*...”⁽²⁰⁾. 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”⁽²¹⁾, 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”⁽²²⁾.

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⁽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.