

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 nomogenéticamente 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.

Constitución, sino de lograr su realización efectiva y concreta⁽⁵⁾.

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

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

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

III. La fuerza normativa de la Constitución

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. División de funciones

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

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

(15) *Ibidem*, p. 37.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Las garantías de control de inconstitucionalidad por omisión

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Escenario inicial: jurisprudencia negatoria

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

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

b) El caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”

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

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

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

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

c) Impacto de la reforma de 1994

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

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

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

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

(51) Sagüés, Néstor P., “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión...*, p. 107. En torno a esta cláusula, véase a Sagüés, Néstor P., “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, *Estudios Constitucionales*, año 7, no. 2, 2009, pp. 71-79. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200003>.

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

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

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

(55) Fallos 239:273.

(56) *Ibidem*.

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

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

(59) CSJN, Fallos: 315:1492.

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

(61) Considerando 16 del voto de mayoría.

(62) Considerando 22 del voto de mayoría.

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

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

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

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

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

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

e) Control de la omisión del Poder Legislativo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(70) Considerando 15.

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

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

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

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

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

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

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

(68) Fallos 329:3089.

(69) Fallos 330:4866.

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

f) Control de omisiones en el federalismo de concertación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. Recapitulación

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

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

(75) Ídem, Considerando 5°.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

por ALFONSO SANTIAGO(*)

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

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

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

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

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

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

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

1) Los hechos del caso y el trámite del proceso

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

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

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

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

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

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