

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

Al profesor Miguel Ángel Ekmekdjian, *in memoriam*

por ALFREDO MAURICIO VÍTOLO^(*)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(6) Buenos Aires, Depalma, 1983.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(15) Ídem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(22) Considerando 7°.

(23) Considerandos 26 y 27.

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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