

CAPÍTULO LVII

AL GRAN PUEBLO ARGENTINO SALUD: DERECHOS, FEDERALISMO Y TRATADOS INTERNACIONALES

por Ariel E. Dulitzky¹

I. INTRODUCCIÓN

Hace más de 150 años, Juan Bautista Alberdi, indicaba que:

Cada tratado será un ancla de libertad puesta a la Constitución. Si ésta fuera violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias en ellos; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, qué pronto hará restablecer la otra².

Alberdi imaginaba el surgimiento de un derecho internacional donde los derechos del ser humano serían reconocidos y tutelados. Lo que probablemente no imaginaba es que los tratados de derechos humanos adquirirían jerarquía constitucional ni que influirían en el desarrollo de un nuevo modelo de federalismo cooperativo en el país.

A casi dos décadas de la reforma constitucional de 1994 vale la pena reflexionar sobre algunas de las implicaciones de la jerarquía constitucional otorgada a los instrumentos de derechos humanos mencionados en el artículo 75 inciso 22 y en particular de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) en el aspecto relativo a la estructura federal del país. Dado que los

¹ Abogado Universidad de Buenos Aires, LLM Harvard Law School, Profesor y Director de la Clínica de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas, adulitzky@law.utexas.edu.

Agradezco los comentarios de Sebastián Elías, Candelaria Araoz y Daniel Brinks. Por supuesto todos los errores son míos.

² ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Bs. As., Plus Ultra, 1991, p. 255.

instrumentos incluidos en el artículo 75 inciso 22, tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” debe analizarse dichas condiciones de acuerdo al derecho internacional³. Analizaremos, pues, las obligaciones y responsabilidades en un estado federal del Gobierno nacional y los provinciales de acuerdo a la normativa internacional y en particular de la Convención así como la interpretación dada a ella por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (la Comisión o CIDH y la Corte Interamericana o Corte I.D.H. respectivamente).

En la siguiente sección estudiaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte Suprema o CSJN) en materia de reparto de competencias entre el Gobierno nacional y los provinciales en cuanto al cumplimiento de los tratados de derechos humanos. Nos detendremos especialmente en el derecho a la salud por su rica jurisprudencia en este aspecto, aun cuando este derecho no sea el foco central de nuestro análisis. El artículo avanza hacia una propuesta de un modelo de federalismo que garantice la efectiva implementación de los tratados de derechos humanos considerando el régimen internacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Finalmente reflexiona sobre la necesidad de crear un mecanismo que facilite la puesta en práctica de este nuevo modelo federalista y provea el espacio institucional y las herramientas jurídicas necesarias para coordinar las actividades entre el Gobierno nacional y los Gobiernos provinciales para facilitar el respeto y garantía de los derechos humanos tanto a nivel federal como local.

Las palabras del himno nacional argentino recordando que los “libres del mundo responden, al gran pueblo argentino, salud” son un buen resumen del propósito de este artículo. Intentaremos dar una explicación a la influencia que la ratificación de los tratados de derechos humanos y su elevación al rango constitucional producen en el reparto de competencias entre el Gobierno federal y las autoridades provinciales. Para ello, utilizaremos primordial pero no exclusivamente el derecho a la salud y su desarrollo jurisprudencial. Analizaremos cómo los “libres del mundo” (representados por los tratados de derechos humanos) al responder a las demandas de salud del “gran pueblo argentino” influyen en el modelo de federalismo.

II. OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y FEDERALISMO

Los Estados son libres y soberanos para adoptar la forma de Gobierno y de Estado que estimen pertinente, sea federal, unitaria o

³ Ver entre otros, Corte Sup., “Reinoso”, Fallos 329:5118, “Acosta”, Fallos 321:3555 y “Giroidi”, Fallos 318:514.

cualquier otra⁴. Sin embargo, en “Garrido y Baigorria” la Corte Interamericana indicó que

Según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional⁵.

Ello pues el Estado no puede alegar la conformidad de su comportamiento con su derecho interno para impedir que se lo califique de ilícito según el derecho internacional. El hecho de un Estado se califica como internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional, aunque no contravenga el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento⁶.

Tampoco puede alegar las disposiciones o insuficiencias de su derecho interno como eximente de su responsabilidad internacional⁷. Como ha dicho la Comisión Interamericana en “Almeida”, permitir la exclusión de la responsabilidad por la estructura federal del Estado

conduciría al absurdo de convertir la protección de los derechos humanos en una decisión meramente discrecional, sujeta al arbitrio de cada uno de los Estados partes⁸.

La responsabilidad internacional del Estado se genera por igual por las acciones y omisiones de los órganos de la administración central como local. Ello pues,

Se considera [...] hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, [...] tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado⁹.

⁴ BARBERIS, Julio A., *Los sujetos del derecho internacional actual*, p. 59.

⁵ Corte I.D.H., Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (art. 63[1] Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de agosto de 1998, Corte I.D.H. (Ser. C) Nº 39, párr. 46.

⁶ International Law Commission, Report on the work of its fifty-third session, (23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10). En el mismo sentido, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece:

“Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

⁷ BROWNIE, Ian, *Principles of Public International Law*, p. 35.

⁸ CIDH, Informe No. 26/09, Caso 12.440, Admisibilidad y Fondo, Wallace de Almeida, Brasil, 20 de marzo de 2009, párr. 166.

⁹ International Law Commission, Report on the work of its fifty-third session (23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10). Comentarios al Proyecto de Artículos, ps. 66 y 67.

La Comisión ha señalado que cuando se trate de un Estado federal, el Gobierno nacional responde en la esfera internacional por los actos cometidos por agentes de los Estados miembros de la federación¹⁰.

Como contrapartida, las unidades de una federación se hallan obligadas a cumplir con la normativa internacional. En "LaGrand", la Corte Internacional de Justicia declaró que si las obligaciones internacionales caen dentro de la competencia del gobierno local, éste está obligado a actuar conforme a los compromisos internacionales del Estado¹¹. Como consecuencia de estos principios, la aplicación de las normas internacionales debe realizarse en la totalidad del territorio de la federación¹². La Corte Interamericana sostuvo que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos deben ser respetadas por los Estados independientemente de su estructura federal o unitaria¹³.

Obviamente, estos principios generan dificultades internas en los Estados federales¹⁴. Por eso, tradicionalmente, los tratados han in-

¹⁰ CIDH, Informe N° 35/01, Caso 11.634, Jailton Neri Da Fonseca, Brasil, 22 de febrero de 2001, párr. 13; Informe N° 10/0, Caso 11.599, Marcos Aurelio De Oliveira, Brasil, párr. 21; Informe N° 24/98, Caso 11.287, João Canuto De Oliveira, Brasil, 7 de abril de 1998, párr. 42; Informe N° 2/99, caso 11.509, Manuel Manríquez, México, 23 de febrero de 1999, párr. 121 e Informe No. 37/10, Publicación, Caso 12.308, Manoel Leal De Oliveira, Brasil, 17 de Marzo de 2010, párr. 143.

¹¹ C.I.J. LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, C.I.J., Reports 1999, p. 16, párr. 28.

¹² Recogiendo este postulado, el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados prevé: "Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo".

¹³ Corte I.D.H., El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 140.

¹⁴ La Corte Europea de Derechos Humanos reconoció la existencia de "importantes dificultades prácticas" en un Estado federal pero no aceptó dicha razón como justificativo para no cumplir con una disposición convencional. Corte Europea de Derechos Humanos, *Belilos v. Switzerland* judgment of 29 April 1988, Series A No. 132, p. 26, parág. 59. En el caso se discutía una reserva interpuesta por Suiza y el alcance del entonces artículo 64 inciso 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que requería que "toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate". Suiza argumentó que dicho artículo no tomó en cuenta los problemas específicos que enfrentan los Estados federales y que pueden ser virtualmente insuperables ya que requeriría citar todas las regulaciones de los cantones específicos. La Corte Europea rechazó el argumento sosteniendo que la exposición de la ley representaba una cuestión sustantiva cuyo incumplimiento no podía justificarse por "importantes dificultades prácticas".

cluido una cláusula federal, esto es una disposición específica que fija el alcance del tratado respectivo en el ámbito federal¹⁵. Sin embargo, la cláusula federal es cada vez más extraña en los tratados relativos a la protección de los derechos humanos. Dentro del sistema interamericano solo la Convención en su artículo 28 incluye una cláusula federal que estipula:

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

Dentro del marco de las Naciones Unidas existe un claro predominio de las convenciones que no han previsto disposición alguna en materia de obligaciones o restricciones específicas para los Estados Federales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente establecen en sus artículos 28 y 50 respectivamente que:

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna¹⁶.

Dentro de las Convenciones regionales ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales ni la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos contienen una cláusula federal. Desde esta perspectiva, el artículo 28 de la Convención es "un anacronismo"¹⁷ pues no se inscribe dentro de la tendencia del resto de los tratados de derechos humanos de no incluir una cláusula federal.

En definitiva, según el derecho internacional general, sus obligaciones deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para justificar su incumplimiento la estructura federal. El Estado federal será siempre el responsable internacionalmente de asegurar que las

¹⁵ Ver KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, Ludwik, "Federal Clause, Colonial Clause", en *Encyclopedia of Public International Law* (1995), Vol. Two, p. 359.

¹⁶ Un texto similar se encuentra en el artículo 41 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y en el artículo 4º de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

¹⁷ BUERGENTHAL, "Inter-American System for the Protection of Human Rights", en *Human Rights and International Law*, MERON, Theodor ed., Clarendon Press, Oxford, p. 445.

obligaciones asumidas sean cabalmente cumplidas por las unidades componentes de la federación así como por las violaciones a las mismas obligaciones. Las unidades federativas se encuentran igualmente obligadas a cumplir con las obligaciones internacionales.

II.a. Las obligaciones de los estados federales de acuerdo a la Convención

Algunos han considerado que la cláusula federal de la Convención puede implicar una posibilidad de retacear la aplicación de la Convención y/o hacerla más dificultosa dependiendo de la organización constitucional de los Estados partes¹⁸ o que podría significar prácticamente la imposibilidad de aplicar la mayor parte de la Convención en las unidades de la Federación¹⁹ o que restringe notablemente las obligaciones asumidas por los Estados federales en el marco de la Convención²⁰. Por ello, nos detendremos en esta sección a analizar las obligaciones convencionales en un estado federal. De la lectura conjunta de los artículos 1º, 2º y 28 resulta que la Convención establece como deberes fundamentales a cargo de los Estados con estructura federal el respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos en ella reconocidos (art. 1.1). Adicionalmente los obliga a adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para cumplir con tales deberes (artículos 2º y 28.2). Las dos obligaciones generales consagradas en la Convención —la de respetar y garantizar los derechos protegidos (artículo 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional (artículo 2º) se hallan indisolublemente interrelacionadas y no condicionadas por el artículo 28—. La Comisión ha aceptado que:

las obligaciones contenidas en los dos primeros artículos de la Convención Americana son las que imponen al Gobierno... la exigencia de “tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes (de las entidades componentes de la Federación) puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”, en los términos del artículo 28.2²¹.

¹⁸ MEDINA, Cecilia, *The Battle of Human Rights. Cross, Systematic Violations and The Inter-American System*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 100.

¹⁹ GROSS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, ps. 202 y 204.

²⁰ FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales*, 3ª edición (2004), p. 60.

²¹ CIDH, Informe N° 8/91, Caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 40.

Una interpretación del artículo 28, aislada del resto de la Convención y de los principios generales del derecho internacional, releva al gobierno central de sus obligaciones bajo el tratado y podría dejar a las personas privadas de protección internacional²². Jamás, siguiendo las reglas de interpretación establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y en especial el artículo 29, inciso a de la Convención, se podría concluir que el artículo 28 restringe los deberes del Estado federal.

La Corte Interamericana se ha referido en “Escher y otros” a las “obligaciones emergentes del artículo 28 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1º y 2º del mismo tratado”²³. Al reconocer implícitamente al artículo 28 como fuente de obligaciones, agregó que:

el alegato sobre la eventual inobservancia de las obligaciones emanadas del artículo 28 de la Convención debe referirse a un hecho con entidad suficiente para ser considerado como un verdadero incumplimiento²⁴.

Hasta el momento el tribunal no ha definido qué debe interpretarse como “un hecho con entidad suficiente” para configurar una inobservancia del artículo 28. Sin embargo, es importante notar que la Corte Interamericana para determinar la observancia de las obligaciones emergentes del artículo 28 tuvo en cuenta que “el Estado no opuso su estructura federal como excusa para incumplir una obligación internacional”²⁵.

Del artículo 1 de la Convención se desprende que el Estado tiene las obligaciones básicas de respetar y garantizar los derechos reconocidos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin distinguir entre personas sujetas a la jurisdicción de Estados federales y personas sujetas a la jurisdicción de Estados unitarios. En términos del derecho internacional, en los Estados federales, las personas que habitan en él están sujetas a su jurisdicción independientemente de que se encuentren o residan en los ámbitos provinciales. Como indicó la Comisión en “Olivera”:

E[l] artículo [28], en conexión con el artículo 1(1) de la Convención, impone a los Estados, en conformidad con sus constituciones y

²² Ídem, párr. 41.

²³ Corte IDH, Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de 6 de julio de 2009, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 221 y Caso Garibaldi vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 139.

²⁴ Caso Escher, párr. 220 y Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229 párr. 156.

²⁵ Ídem.

leyes, la obligación de adoptar medidas para que los órganos, autoridades y estructuras de poder que los componen respeten y garanticen el pleno ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Convención²⁶.

El artículo 1º de la Convención obliga a respetar los derechos reconocidos en ella así como a garantizar su libre y pleno ejercicio. Esta disposición ha dicho la Corte Interamericana:

Contiene un deber positivo para los Estados. [...] [G]arantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce [...]²⁷.

Estos obstáculos pueden perfectamente encontrarse en la estructura federal del Estado. La obligación de garantía del artículo 1.1, implica el deber de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos²⁸. Las estructuras de poder público implican tanto aquellas a nivel nacional como las de nivel provincial. Por eso, la Comisión ha instado a un Gobierno federal que adopte de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y a sus leyes, para que todo el aparato del Estado, incluyendo las autoridades de los Estados federales implementen medidas para cumplir con la Convención²⁹.

La obligación de garantizar requiere también la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible su cumplimiento³⁰. Además, este deber comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos³¹. Así el Estado federal debe crear una estructura legislativa que le permita por sí o a través de las unidades federativas cumplir con la Convención. Adicionalmente, el Estado federal debe realizar todas las conductas necesarias para que las normas convencionales produzcan un efecto útil y existan concretamente en la realidad de las provincias.

²⁶ CIDH, Caso Oliveira, párr. 145.

²⁷ Corte I.D.H., Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos, Opinión Consultiva OC 11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 34.

²⁸ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166.

²⁹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, 1997, Capítulo 5.

³⁰ Corte I.D.H. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 167.

³¹ Ídem.

De modo que las obligaciones que surgen del artículo 1° son las determinantes al momento de precisar la responsabilidad internacional de un Estado federal. “Carinduru” sostuvo que el artículo 28 de la Convención complementa estas obligaciones genéricas:

el artículo 1(1) [...] establece claramente la obligación del Estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, así como de garantizar su libre y pleno ejercicio, de modo que toda violación de los derechos reconocidos [...] que pueda ser atribuida, de acuerdo con las normas del derecho internacional, a acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un acto de responsabilidad del Estado. De acuerdo con el artículo 28 de la Convención, cuando se trata de un Estado federativo [...] el Gobierno nacional responde en la esfera internacional por los actos practicados por las entidades que componen la federación³².

El artículo 2° requiere que se adopte la legislación necesaria para dar efectividad a la Convención, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno, incluidas las originadas en la estructura federal a fin de armonizarlas con las normas convencionales³³.

[E]l artículo 2° señala “con arreglo a sus procedimientos constitucionales”, con lo que deja en manos del estado de Río de Janeiro, o del Estado del Brasil, la elección de las vías por las cuales cumplirá su compromiso internacional. Lo relevante es únicamente el resultado de la implementación, esto es, el respeto y la garantía de los derechos³⁴.

El cumplimiento de la obligación de garantizar depende no solamente de las disposiciones constitucionales o legislativas existentes —frecuentemente insuficientes— sino que puede requerir otras providencias. Por ello, cuando uno analiza la conducta del Estado no puede limitarse tan sólo a las disposiciones constitucionales o legales que *prima facie* establezcan la distribución de competencias entre las jurisdicciones y que incluso muchas veces limitan al gobierno central para actuar. Deben analizarse las conductas específicas asumidas, los pasos adoptados para dar pleno efecto a los derechos y garantías, las acciones tendientes a remover los obstáculos, a facilitar que las autoridades locales y federales cumplan con las obligaciones convencionales y a evitar que su violación. Este deber implica que las medidas

³² CIDH, Informe N° 34/00, Caso 11.291, Carandirú, Brasil, 13 de abril de 2000, párr. 36.

³³ Ver *mutatis mutandi* Corte I.D.H., Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, Opinión consultiva OC-7/86, de 29 de agosto de 1986, párr. 30.

³⁴ CIDH, caso Almeida de Wallace, párr. 161.

de derecho interno han de ser efectivas (principio del efecto útil)³⁵. De este modo

la obligación que surge del artículo 2º de la Convención Americana es reforzada y precisada, en virtud de [la] estructura federal, por el artículo 28 del mismo tratado³⁶.

La CIDH clarificó en “Wallace de Almeida” que

las “medidas pertinentes” de que trata el artículo 28 de la Convención Americana, en tanto especificación del artículo 2º de la misma, deben producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte³⁷.

La obligación de los artículos 2º y 28.2 en cuanto requiere que se adopten las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de la Convención en las entidades federativas, complementa a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1º. La interpretación de la cláusula federal a la luz de la Convención en su integralidad y de los principios sobre los que se asienta conduce inexorablemente a soslayar toda posibilidad de encontrar en la cláusula federal una eximente de responsabilidad internacional.

El artículo 28 puede servir para deslindar responsabilidades al interior del Estado federal, pero en modo alguno, para crear un vacío de responsabilidad internacional³⁸. El deslinde interno de responsabilidades, a los fines de la cláusula federal, no siempre resulta sencillo. La práctica y jurisprudencia constitucional de países federales, como lo veremos en las próximas secciones, está plagada de ejemplos de las complejidades relativas a la exacta distribución de competencias entre autoridades federales y locales³⁹. Además puede exigir que la Comisión y la Corte Interamericana analicen el derecho interno de los Estados para determinar si en el caso concreto, se trata de “materias sobre las que [el Estado federal] ejerce jurisdicción legislativa y judicial” (artículo 28.1) o “materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación” (artículo 28.2). Ello debido a que el inciso 1 del artículo 28 remite al derecho interno de las federaciones para atribuir, según el reparto de competencia federal

³⁵ Corte I.D.H., Caso La Última Tentación de Cristo, Sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 87; caso del Tribunal Constitucional, sentencia sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párr. 36; caso Ivcher Bronstein, sentencia sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párr. 37 y sentencia sobre excepciones preliminares del caso Hilaire, 1 de septiembre de 2001, párr.83.

³⁶ CIDH, Caso Wallace de Almeida, párr. 162.

³⁷ Ídem, párr. 165.

³⁸ PINTO, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, p. 74.

³⁹ Ver siguiente sección y COLAUTTI, Carlos, *El Pacto de San José de Costa Rica*, ps. 144 y 145.

y local, el deber del Gobierno federal de cumplir con el tratado dentro de las obligaciones que le son propias⁴⁰. El acápite 2 del artículo 28 complementa al inciso anterior para adjudicar al Gobierno Federal una obligación de actuar para impeler a los Gobiernos locales a adoptar las medidas que les permitan cumplir con la Convención⁴¹. En uno y otro caso, las obligaciones del gobierno federal pueden ser diferentes pero en modo alguno eliminan sus obligaciones establecidas en los artículos 1 y 2 de la Convención, en relación con el artículo 28 de la misma⁴².

Como contrapartida, y a pesar de que las provincias carecen de personalidad jurídica internacional y por lo tanto no son parte de la Convención, no por ello pueden desentenderse de la misma⁴³. Aún cuando el Gobierno central no adopte las medidas necesarias para que sus unidades componentes den efectividad a la Convención, las provincias no están eximidas de cumplirla⁴⁴. El artículo 28 en esta perspectiva extiende las obligaciones que resultan de la Convención a cada unidad de la federación⁴⁵. Así, en “Mendes y otros” un caso de una ejecución extrajudicial, la Comisión aplicó el deber de respeto a las autoridades estatales junto con la omisión de las autoridades federales de adoptar las medidas pertinentes. Señaló que las autoridades locales no cumplieron con su obligación de hacer respetar el derecho a la vida⁴⁶. En “Wallace de Almeida” la Comisión indicó que los Estados de la federación se encuentran igualmente vinculados por lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por el Gobierno Federal⁴⁷. Para explicar en “Ferreira Braga” que

La vinculación de las entidades federativas en un Estado federal a los derechos humanos de fuente internacional, está apoyada desde el punto de vista jurídico-internacional en lo dispuesto por la Conven-

⁴⁰ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. III, p. 279.

⁴¹ Ídem.

⁴² En este sentido, algunos han sostenido que la cláusula federal es insustancial porque el problema se resuelve no desde el derecho internacional sino desde el constitucional que es el que en definitiva deslinda las competencias. DALLA VIA, Alberto, *Estudios sobre Constitución y Economía*, UNAM, 2003, p. 89.

⁴³ BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental*, p. 279.

⁴⁴ BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental*, p. 280.

⁴⁵ COLAUTTI, *El Pacto de San José de Costa Rica*, p. 141.

⁴⁶ CIDH, Informe N° 59/99 Caso 11.405 Newton Coutinho Mendes y otros, Brasil 13 de abril de 1999, párr. 107.

⁴⁷ CIDH, Caso Wallace de Almeida, párr. 164.

ción de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 27 y 29), y en las llamadas cláusulas federales⁴⁸.

De modo que en un Estado federal, las normas y prácticas, sean nacionales o provinciales, están sujetas al menos a un triple control. Por un lado al control federal, es decir que no trasciendan el límite constitucional de reparto de competencias entre la Federación y sus entidades componentes. Y a un doble control sustantivo para asegurar que son compatibles con las la Constitución Nacional (y en las provincias, con la respectiva constitución provincial) y con normas internacionales de derechos humanos⁴⁹.

Además, al estar las provincias jurídicamente vinculadas a las normas internacionales, existe en los estados federales un doble sistema de protección judicial de los derechos⁵⁰. En efecto, los tribunales federales como los locales tienen la posibilidad y la obligación de aplicar y garantizar judicialmente los derechos reconocidos en las normas internacionales⁵¹ a través del llamado control de convencionalidad.

II.b. Los organismos de supervisión de derechos humanos y el llamado a la coordinación y a un rol más activo del Gobierno Nacional

Dada la obligación de respetar y garantizar los derechos en todo el territorio, múltiples organismos internacionales de derechos humanos han sido muy críticos de la aplicación desigual de los tratados

⁴⁸ CIDH, Informe N° 35/08, Caso 12.019, Admisibilidad y Fondo, Antonio Ferreira Braga, Brasil, 18 de Julio de 2008, párr. 130.

⁴⁹ Ver SHARPE, Robert J., "The Impact of a Bill of Rights on the Role of the Judiciary: A Canadian Perspective", en Philip ALSTON (editor), *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*, 1999, ps. 438-439 (donde explica las diferentes implicaciones en Canadá de un control sobre los actos de las provincias desde la perspectiva del federalismo y del Canadian Charter of Rights and Freedoms).

⁵⁰ WOEHLING, José, *Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des Etats-Unis et du Canada*, (2000) 46 R. D. McGill 21, p. 39 y siguientes.

⁵¹ Véase por ejemplo Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, Expediente N° 1429/96 "c/ Illanes, Luis Roberto y otro p/ Estafa - Recurso de Queja - Inconstitucionalidad y Casación" del 22 de mayo de 1998 (declarando inconstitucional el inciso 2 del artículo 438 del Código Procesal Penal (ley 6.140) en cuanto fija un límite objetivo para la procedencia del recurso de casación por ser contrario al artículo 8.2.h. de la Convención Americana); Tribunal Superior de Justicia, Sentencia Número: Ciento Cincuenta y Siete, "Suárez, Ricardo M. v. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba sobre ejecución de sentencia, apelación recurso de inconstitucionalidad" de del 12 de octubre de 2004 (declarando la inaplicabilidad de la ley provincial 8836 y ordenado el pago de una indemnización en base entre otros considerandos del artículo 4° de la Convención Americana).

en Argentina. Así han observado “con preocupación” que debido al sistema federal, muchos de los derechos no se protegen de manera uniforme en todo el territorio nacional⁵², sin aceptar que el Estado alegue “razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento” de sus obligaciones internacionales. “Tampoco puede el Estado alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales... [ya que] [m]ás allá de la estructura unitaria o federal del Estado [...], ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión [...] y es éste el único obligado a adoptar las medidas⁵³”.

Frente a ello, los órganos de derechos humanos señalan la necesidad de superar la “insuficiente coordinación... en [el] ámbito [...] provincial⁵⁴”. Si bien son conscientes “de la complejidad de las estructuras constitucionales federales” subrayan “que incumbe al Gobierno federal la responsabilidad de velar por que se aplique la Convención” y “ofrecer su liderazgo a los gobiernos provinciales y territoriales en ese contexto”. Con lo que resulta preocupante que “el Gobierno federal carezca de un mecanismo eficaz que garantice la coherencia y la uniformidad de las medidas jurídicas y de otra índole que adopten los gobiernos provinciales para aplicar íntegramente la Convención⁵⁵”.

⁵² Comité de Derechos Humanos 98º período de sesiones Nueva York, 8 a 26 de marzo de 2010 Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto Observaciones Finales Argentina, párr. 8. En adelante Comité de D.H., Observaciones.

⁵³ Corte IDH Resolución de Derechos Humanos de 30 de Marzo de 2006 Medidas Provisionales Caso de las Penitenciarías de Mendoza, considerando 12. En adelante, Corte IDH, Penitenciarías.

⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño 54º período de sesiones 25 de mayo a 11 de junio de 2010 Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención Observaciones finales: Argentina, párr. 15. En adelante, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales.

⁵⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer 46º período de sesiones 12 a 30 de julio de 2010 Observaciones finales Argentina, párr. 11. En adelante, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Estas observaciones por supuesto que no se limitan a Argentina. Ver por ejemplo, Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Conclusiones y recomendaciones: Australia, U.N. Doc. E/C.12/1993/9 (1993), párr. 13. (llamando a coordinar y cooperar entre las diferentes autoridades y organizaciones para la eficaz aplicación de las disposiciones de los tratados en las respectivas unidades de la federación); Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Alemania, CCPR/CO/80/DEU (2004), párr. 12 (requiriendo establecer mecanismos adecuados entre los niveles federal y provincial para garantizar en mayor medida la plena aplicabilidad del tratado) y Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Australia. 24/7/2000. A/55/40, párrs. 498-528, párr. 516 (insistiendo en la necesidad del diálogo y negociación entre el gobierno central y las unidades de la federación sin que ello libere al Estado Parte de su obligación de velar

Paralelamente, los organismos internacionales han resaltado las responsabilidades que le caben a los gobiernos provinciales. Así han llamado a las provincias a tutelar los derechos mediante la “especificidad de la política y los programas y recursos humanos y financieros en la esfera” provincial “evitando la duplicación y las lagunas”⁵⁶; han expresado su preocupación por “el poco conocimiento de la Convención y de sus protocolos facultativos que se tiene en muchas provincias”⁵⁷ y han instado “a los gobiernos provinciales a que hagan progresar los derechos”⁵⁸.

Dado que como llevamos dicho el cumplimiento de las obligaciones no le corresponde solo al gobierno central, no sorprende que el Comité de Derechos de los Niños haya requerido que sus observaciones y recomendaciones sean transmitidas a “los presidentes y miembros de los parlamentos nacional y provinciales, y el poder judicial, así como a los gobernadores provinciales y al Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, para que las examinen debidamente y adopten las medidas correspondientes”⁵⁹.

Los órganos de derechos humanos han llamado a Argentina a desarrollar un federalismo cooperativo que garantice efectivamente la vigencia de los derechos en todo el territorio independientemente de donde se encuentre la persona y que autoridad sea la constitucionalmente responsable. Dado que el “alivio y corrección de la situación” de falta de vigencia efectiva de todos los derechos es “un proceso a corto, mediano y largo plazo, que requiere de un conjunto de acciones por parte de autoridades federales y provinciales, de carácter administrativo, judicial y eventualmente legislativo”⁶⁰ el país debe desarrollar mecanismos efectivos para alcanzar estos objetivos. Para ello, han instado a que se “refuerce”⁶¹, “mejore”⁶² y articule de manera efectiva⁶³ la coordinación entre las autoridades federales, provinciales

porque se respeten y garanticen los derechos reconocidos en el tratado en todas las partes de su territorio sin limitación ni excepción alguna).

⁵⁶ Comité de los Derechos del Niño Observaciones finales, párr. 16.

⁵⁷ Ídem, párr. 25.

⁵⁸ Ídem, párr. 28.

⁵⁹ Ídem, párr. 32.

⁶⁰ Corte IDH, Penitenciarías, considerando 12.

⁶¹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares 15º período de sesiones 12 a 23 de septiembre de 2011 Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 74 de la Convención Observaciones finales Argentina, párr. 32.b.

⁶² Comité de los Derechos del Niño Observaciones finales, párr. 16.

⁶³ Comité de Derechos Humanos Observaciones finales, párr. 18.

y municipales en la aplicación de las medidas requeridas. Por ejemplo, con respecto al Plan Nacional de Acción por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el Comité de los Derechos de los Niños alienta al Estado a velar por su plena aplicación “de manera coordinada en los ámbitos nacional, provincial y municipal”⁶⁴. También se ha requerido establecer un mecanismo eficaz que asegure la rendición de cuentas y la aplicación transparente, coherente y sistemática de la Convención en todo el territorio, con la participación de las autoridades nacionales, provinciales y territoriales⁶⁵. Agregando el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que Argentina debe continuar “fortaleciendo los actuales mecanismos nacionales subsanando los déficits estructurales que impiden su funcionamiento eficaz y aportando suficientes recursos financieros y humanos para aumentar su eficacia, su visibilidad y su capacidad de influir en la formulación, la concepción y la aplicación de políticas públicas y para reforzar sus funciones de coordinación en los planos nacional, provincial y municipal”⁶⁶.

En definitiva, los organismos internacionales han requerido insistentemente que para asegurar el debido respeto y garantía de los derechos se implementen medidas “en coordinación efectiva y transparente entre autoridades provinciales y federales, con la participación de los entes con competencias para proveer criterio técnico en la determinación” de tales medidas⁶⁷.

III. FEDERALISMO Y DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Corte Suprema ha tenido múltiples oportunidades de referirse a la distribución de competencias y responsabilidades del Estado federal y de los Gobiernos provinciales en materia de tratados internacionales de derechos humanos. En la presente sección realizaremos una revisión de dicha jurisprudencia para analizar si el tribunal ha facilitado el cumplimiento de las obligaciones internacionales en el ámbito federal y provincial y asegurado la debida coordinación entre ambas esferas como lo recomiendan los organismos internacionales.

⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño Observaciones finales, párr. 17.

⁶⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Observaciones finales, párr. 12.

⁶⁶ Ídem, párr. 17.

⁶⁷ Corte IDH Caso de las Penitenciarías, considerando 13.

III.a. La naturaleza federal de los tratados internacionales

A partir de "Méndez Valles", la Corte Suprema sostiene que todo lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal⁶⁸ a los efectos del recurso extraordinario⁶⁹. Cuando el país ratifica un tratado se obliga internacionalmente a que sus órganos lo apliquen. La posibilidad que la no aplicación interna podría originar responsabilidad internacional del Estado argentino, es de por sí suficiente para configurar una cuestión federal. Correctamente indicó que resulta indiferente a los efectos de la eventual responsabilidad internacional, el hecho de que los preceptos del tratado cuya violación se invocare funcionen como disposiciones de derecho común y no federal⁷⁰.

"Méndez Valles" consideró adicionalmente que la ratificación de un tratado tiene naturaleza de acto federal complejo, en tanto y en cuanto participan el Poder Ejecutivo y el Congreso. Sostuvo la Corte Suprema que la naturaleza federal del tratado alcanza también a su contenido. Es irrelevante que la materia del tratado sea de las calificadas como de derecho común, aun cuando se incorporen las normas del tratado a una ley nacional común pues la sustancia federal de las disposiciones del tratado surgen de su fuente internacional⁷¹.

III.b. La atribución de competencia a los tribunales federales y provinciales y las obligaciones respectivas

La naturaleza federal de los tratados a los fines del recurso extraordinario no justifica de por sí la atribución de competencia a los tribunales federales. No es suficiente que se invoquen potenciales violaciones de los tratados internacionales para que surja el fuero fede-

⁶⁸ Una de las formas que la práctica constitucional argentina permite la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es mediante el recurso extraordinario regulado en el artículo 14 de la ley 48. En una frondosa jurisprudencia, la Corte Suprema ha delineando los requisitos para la procedencia del recurso extraordinario, siendo uno de éstos la existencia de una cuestión federal o constitucional. Es decir, que en el caso concreto se encuentre en debate una cuestión federal o constitucional que es aquella que versa sobre la interpretación de la Constitución, leyes federales, tratados o actos federales de autoridades nacionales o la jerarquía de los mismos. Ver BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentina*, T. II, 1993, ps. 464-466.

⁶⁹ Corte Sup., caso "Méndez Valles, Fernando v A. M. Pescio SCA. s/ ejecución de alquileres", Fallos 318:2639, Considerando 4. En el caso se discutía la interpretación del artículo 36 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, en particular la ley aplicable a un contrato de alquiler.

⁷⁰ Ídem, considerandos 6 y 7.

⁷¹ Ídem, considerando 10.

ral. Pues, los derechos y libertades reconocidos deben “respetarse y hacerse efectiv[o]s por ambos gobiernos Nacional y Provincial”⁷².

La Corte Suprema utiliza las controversias de competencia entre tribunales locales y federales para afirmar las obligaciones de ambas esferas. Así, en “Lavados Bello”, la CSJN indicó que la “protección judicial de los derechos humanos es un cometido que compete a las provincias y al Gobierno Federal en sus respectivas jurisdicciones de manera concurrente y no exclusivamente a este último. Por lo tanto, las controversias judiciales alrededor de sus posibles violaciones [en el caso el derecho a la educación] deben ventilarse, en principio en los tribunales locales”⁷³.

“Artigué”, otro caso de disputa de competencias, esta vez entre una Cámara Federal y una Cámara Provincial de Apelaciones, permitió a la Corte Suprema reafirmar el deber de los jueces provinciales de control adecuado sobre las condiciones de detención del procesado, incluidas aquellas reglas de la Convención contra la Tortura. La disputa se originó ante las denuncias por malos tratos por parte de funcionarios del servicio penitenciario provincial y temor por la seguridad personal de Artigué que motivó que la Cámara Federal sustrajera al detenido de la jurisdicción provincial y decidiera que se alojara en el sistema penitenciario federal. La Cámara Federal, entre otros motivos, invocó el artículo 13 de la Convención contra la Tortura que dispone que cualquier denuncia sobre tortura debe ser pronta e imparcialmente examinada por las autoridades competentes⁷⁴. Llegada la disputa a la Corte Suprema, ésta decidió a favor de la jurisdicción del tribunal local pues sería inconstitucional impedir a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes federales y los tratados internacionales, a las que las autoridades provinciales están obligadas a conformarse⁷⁵. A criterio de la CSJN, la disposición de la Convención contra la Tortura que exige que una denuncia sobre hechos de tortura sea pronta e imparcialmente examinada por las autoridades competentes, encuentra realización

⁷² Corte Sup., “De Narvaez Steuer, Francisco v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa”, Fallos 330:114, considerando 10.

⁷³ Corte Sup., “Lavados Bello, Ilis Doemi y otra v. Chubut, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 331:2777, considerando 8.

⁷⁴ Corte Sup., “Artigué, Sergio Pablo-incidente de restitución de detenido”, Fallos 317:247. Es importante notar que esta decisión es anterior a la reforma constitucional de 1994 por algunos meses.

⁷⁵ Considerando 11.

en la pertinente división de jurisdicciones que derivan del régimen federal de gobierno.

En "Latrónico", relativo a una disputa sobre la competencia entre un Juzgado Federal y un Juzgado Penal de Menores, ambos de Paraná, provincia de Entre Ríos, la Corte Suprema insistió en que la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos no altera la distribución de competencia entre la jurisdicción federal y provincial ya que ambas esferas deben aplicar la normativa internacional. En el caso, relativo a una infracción a la ley 23.737 sobre estupefacientes que corresponde a la justicia federal, el magistrado federal se declaró incompetente con sustento en la Convención sobre los Derechos del Niño que requiere que los Estados Partes establezcan leyes, procedimientos e instituciones específicas para los niños a quienes se les acuse de infringir la ley. En ese sentido, el juez federal entendió que es la justicia de menores, la más adecuada para intervenir cuando un menor de edad esté acusado de violar la ley penal. La juez de menores no aceptó esa atribución al considerar que el delito de tenencia de estupefacientes es privativo de la justicia federal que es exclusiva y excluyente. El tribunal supremo entendió que

La existencia de un tratado internacional con jerarquía constitucional se refiere a los compromisos asumidos por el Estado Parte, pero no por ello debe variar la jurisdicción, toda vez que la competencia material no es susceptible de cambio por la necesidad de aplicar un derecho, garantía u obligación internacional⁷⁶.

Los tratados no exigen "atribuir competencia específica", sino que requieren que la conducta del Estado se ajuste a ellos. Los compromisos internacionales "no debe[n] contraponerse con la organización interna del Estado, en el que se ha instaurado un sistema doble de justicia, provincial y nacional"⁷⁷. Mientras se asegure el cumplimiento de los estándares internacionales, "pierde trascendencia en el plano internacional la organización interna de los tribunales". El cumplimiento de los tratados "no puede confundirse con la competencia [...] determinada [...] por la forma de organización estatal surgida de la Constitución Nacional"⁷⁸.

En definitiva, la competencia, federal o local, de los tribunales no se ve alterada por la ratificación de tratados internacionales. Los jueces federales y provinciales se encuentran igualmente obligados a

⁷⁶ Corte Sup., "Latrónico, Hernán s/infracción a la ley 23.737" (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema), Fallos 331:2720. Ver en el mismo sentido "Núñez, Ricardo Alberto s/sus recursos de queja, casación y extraordinario", Fallos 327:5095, considerando 9.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Ídem.

aplicar las normas internacionales de derechos humanos sin que pueda entenderse que las mismas requieran que una u otra jurisdicción sea la que intervenga.

En múltiples casos, la Corte Suprema ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la acción de las provincias y la omisión de sus tribunales de aplicar debidamente la normativa internacional genere “eventualmente la responsabilidad del Estado por incumplimiento de obligaciones impuestas en los tratados internacionales”⁷⁹. Por ello insiste en que los tribunales provinciales se encuentran en la obligación de ejercer “el debido control jurisdiccional del efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención”⁸⁰. De hecho ha indicado que la determinación de la aplicabilidad de un artículo de la Convención a un caso concreto es una “cuestión constitucional”⁸¹. Agregando en “Venezia” que la desestimación de alegaciones de los tratados internacionales mediante “afirmaciones dogmáticas y estereotipadas” que “no dan una adecuada respuesta jurídica” “vicia la sentencia como acto jurisdiccional por omisión de pronunciamiento respecto de cuestiones conducentes” y constituye “una negativa a juzgar la materia constitucional” es decir si se violó el artículo 8.1 de la Convención y 14.1 del Pacto Internacional, “de ineludible competencia para el Superior Tribunal de la Provincia”⁸². Así la Corte Suprema establece que las alegaciones de violaciones a la Convención son cuestiones constitucionales que deben ser adecuadamente consideradas por los jueces.

III.c. El control de convencionalidad de las normas provinciales⁸³

La circunstancia que el Estado federal negocia, firma, aprueba y ratifica el respectivo tratado no es eximente de las responsabilidades que le caben a las provincias de cumplir con las normas internacionales. No sorprende que la sujeción de la normativa provincial al

⁷⁹ Corte Sup., “Ferrer de Leonard, Josefina y otros v. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/amparo” (dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema) Fallos 326:2637.

⁸⁰ Corte Sup., “Marchal, Juan s/apelación”, Fallos 330-1427, considerando 6.

⁸¹ Ídem, considerando 5.

⁸² Corte Sup., “Venezia, Daniel Alberto s/ asociación ilícita en calidad de jefe u organizador”, Fallos 327:4432, considerando 5.

⁸³ Por control de convencionalidad nos referimos al mandato establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana a partir del caso “Almonacid”, en el cual requiere que los tribunales internos constaten la compatibilidad de la normativa doméstica con la Convención Americana. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124.

control de convencionalidad es decir la compatibilidad de normas constitucionales o legales provinciales con los tratados, no le haya generado dificultad alguna a la Corte Suprema.

“Hooft” permitió examinar la compatibilidad de una norma constitucional provincial con la Convención⁸⁴. El tribunal declaró inconstitucional el artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, por ser discriminatoria en contravención del artículo 23 de la Convención. Para arribar a tal conclusión, la CSJN, establece que la norma constitucional provincial tenía una presunción de inconstitucionalidad, por contener una distinción contraria a una de las prohibiciones de la Convención (en el supuesto el origen nacional). Dicha presunción sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique. Las menciones genéricas a principios fundantes del federalismo, como son las facultades de la provincia para darse sus propias instituciones, la posibilidad de que los requisitos locales puedan ser distintos de los nacionales para cargos judiciales análogos o a que los requisitos y condiciones impugnados resultan de la derivación de lentos procesos históricos y sociales originados por las particularidades propias de cada estado provincial, son “totalmente insuficientes” para justificar la distinción y en todo caso son una “dogmática afirmación” que no demuestra un interés sustancial de la provincia⁸⁵.

En “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe”, la CSJN analizó también la compatibilidad de una disposición de la Constitución provincial nuevamente con el artículo 23 de la Convención. La Corte Suprema determinó que la exigencia del intervalo de un período para posibilitar la re-elección del gobernador y vicegobernador no vulneraba ningún derecho reconocido internacionalmente⁸⁶. El Juez Fayt en su voto separado sostuvo que la incorporación a la Constitución de los tratados internacionales no deroga artículo alguno de la Constitución conforme lo dispone el artículo 75 inciso 22. Por ello, la forma federal de gobierno (artículo 1° de la Constitución Nacional) y el consecuente reconocimiento de la autonomía institucional de las provincias que el gobierno federal garante (artículo 5° constitucional) no pueden considerarse derogados por la incorporación de

⁸⁴ Corte Sup., “Hooft, Pedro Cornelio F. v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 327:5118, considerando 2. En el caso se cuestionó el artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que requería para ser juez de cámara “haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero”.

⁸⁵ Ídem, considerando 7.

⁸⁶ Corte Sup., “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe contra Santa Fe Provincia sobre acción declarativa”, Fallos 317:1195, considerando 4.

Convención y el Pacto Internacional⁸⁷. En “Martínez”, ante un cuestionamiento de que una Constitución Provincial era contraria a la Convención por exigir una residencia de 4 años en la Provincia para ser candidato a Gobernador, nuevamente la Corte contrastó el texto constitucional provincial con la Convención para concluir en el caso que no aparecía que fuesen contradictorias⁸⁸.

En “Alianza Frente para la Unidad” nuevamente se cuestionó la compatibilidad de la legislación provincial relativa a procesos electorales y las normas del artículo 23 de la Convención. El caso permitió a la Corte Suprema indicar que el deber de garantía que surge del artículo 1º de la Convención como el principio de buena fe, exigen que la Convención tenga plena vigencia en toda la jurisdicción del Estado, incluidas las provincias⁸⁹. La CSJN rechazó el argumento de que la Convención “carece de vigencia en el ámbito de los derechos electorales provinciales”, pues se desconocería que la norma de origen internacional cuenta con jerarquía constitucional. De manera coincidente a nuestra posición, el tribunal indicó que el artículo 1º de la Convención obliga al Estado argentino a respetar los derechos reconocidos a toda persona bajo su jurisdicción” incluidos aquellas que están sujetas a regulaciones provinciales⁹⁰. Si la norma convencional con jerarquía constitucional se detuviese frente a normas locales implicaría además ignorar el artículo 31 de la Constitución que establece la supremacía constitucional y del derecho federal⁹¹. Sujetar las normas provinciales al control de convencionalidad, dijo la Corte Suprema, no altera la distribución constitucional de competencias entre la Nación y las provincias⁹².

En “Franco”, ha considerado que una ley provincial que establece como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales

⁸⁷ Ídem, voto del Señor Ministro Carlos S. Fayt, considerando 21. En su voto el Juez Fayt analizó el alcance del Informe N° 30/93 de la Comisión, relativa a la prohibición constitucional guatemalteca de optar por el cargo de Presidente a caudillos o jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento militar que haya alterado el orden constitucional ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la jefatura de Gobierno. Ver CIDH, Informe N° 30/93, Caso 10.804, Efraín Ríos Montt, Guatemala, 12 de octubre de 1993.

⁸⁸ Corte Sup., “Martínez, Lucía; Galíndez, Alejandro y Carrizo, Oscar del Valle s/ impugnación a la candidatura a gobernador del senador nacional José Luis Barrionuevo”, Fallos 326:2221.

⁸⁹ Corte Sup., caso “Alianza Frente para la Unidad”, Fallos 324:3143. En el caso se discutía si una persona procesada pero no condenada tenía derecho a ejercer sus derechos políticos, situación no permitida por la legislación provincial. Considerando 6.

⁹⁰ Ídem, considerando 14.

⁹¹ Ídem, considerando 14.

⁹² Ídem.

la edad de 75 años "afecta el derecho de trabajar consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales incorporadas a ella" declarándola en consecuencia inconstitucional⁹³.

En resumen, la normativa provincial, sea de carácter constitucional o legislativo debe ser compatible con los tratados de derechos humanos ratificados por Argentina. La Corte Suprema puede y debe realizar un control de compatibilidad sin que ello signifique alterar la distribución de competencias entre la Nación y las provincias.

III.d. El caso "Verbitsky" y la consolidación y expansión de la jurisprudencia de la CSJN

"Verbitsky" es uno de los casos más importantes resuelto por la Corte Suprema en cuanto a la sujeción de las provincias a los estándares internacionales y al rol orientador del Estado federal estableciendo el piso mínimo compatible con dicho marco internacional⁹⁴. En el caso se debatía la procedencia de un hábeas corpus colectivo cuestionando varios aspectos de la situación de las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires. La CSJN reafirma su jurisprudencia que existe cuestión federal suficiente cuando se cuestiona la interpretación de normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte del bloque constitucional. Al igual que en "Méndez Valles" reitera que el recurso extraordinario es procedente pues se puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado argentino⁹⁵.

Uno de los elementos más importantes es la revalidación que las normas internacionales son vinculantes y, por lo tanto, pueden ser violadas por la provincia⁹⁶. La Corte Suprema utilizó, principalmente,

⁹³ Corte Sup., "Franco, Blanca Teodora v. Provincia de Buenos Aires", 12 de noviembre de 2002, Fallos 325:2968.

⁹⁴ Corte Sup., "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ *habeas corpus*", Fallos 328:1146. La Corte Interamericana ha considerado esta decisión de la Corte Suprema "relevante" al momento de analizar la situación de las personas privadas de su libertad en la provincia de Mendoza. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 18 de junio de 2005, medidas provisionales, Caso de las Penitenciarías de Mendoza, considerando 10. El entonces Presidente de la Corte Interamericana, Juez Sergio García Ramírez en su voto razonado también se refirió positivamente a la decisión "de la respetable Corte Suprema de Justicia de la Argentina". Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

⁹⁵ Considerando 13.

⁹⁶ Considerando 39. En este aspecto, también los jueces que votaron en disidencia parcial o total, coincidieron en que las provincias claramente se hallan vinculadas por la normativa internacional. Ver disidencia parcial del señor ministro doctor don Car-

como punto de referencia no un tratado internacional sino las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas⁹⁷, a las que si bien no les reconoció jerarquía constitucional, entendió que por vía del artículo 18 de la Constitución el estándar internacional se ha convertido en la norma vigente respecto de personas privadas de libertad⁹⁸.

Al igual que en casos anteriores, la Corte Suprema entiende que la legislación provincial puede ser inconstitucional por ser incompatible con la normativa internacional⁹⁹. La CSJN ordena a las autoridades provinciales una serie de medidas destinadas a adecuar su legislación y su práctica a dichos estándares internacionales. El abanico de medidas ordenadas no tiene precedentes en la historia jurisprudencial argentina. Ellas van desde encomendar a la Provincia a través de su Ministerio de Justicia que organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invite a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, para arribar a soluciones consensuadas y sustentables¹⁰⁰; instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia para que extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las Reglas Mínimas y de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad¹⁰¹, para hacer cesar con urgencia el agravamiento o la detención misma¹⁰² y disponer, sin dilación, que en un plazo perentorio, la Corte Suprema de la Provincia haga cesar la presencia de adolescentes y enfermos en comisarías o establecimientos policia-

los S. Fayt, Considerando 27. Ver disidencia parcial de la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay, Considerando 57 (el examen de constitucionalidad del régimen de la prisión preventiva y la excarcelación vigente en la Provincia de Buenos Aires debe llevarse a cabo exclusivamente sobre la base de las reglas contenidas en la Constitución federal y en los instrumentos internacionales que vinculan a las legislaturas provinciales), y disidencia del señor ministro doctor don Antonio Boggiano, Considerando 8 (las provincias no son ajenas al cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos).

⁹⁷ Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. La Corte Suprema ya había utilizado estas Reglas en "Romero Cacharane, Hugo A. s/ejecución penal", Fallos 327:388, considerando 10.

⁹⁸ Considerando 39.

⁹⁹ Considerando 58. La Corte Suprema no declaró la inconstitucionalidad de la legislación provincial por motivos procesales.

¹⁰⁰ Considerando 26.

¹⁰¹ Considerando 40.

¹⁰² Considerando 41.

les¹⁰³; exhorta a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y ejecución penal a los estándares mínimos internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal y de ejecución penal de la Nación¹⁰⁴. La posibilidad de que se comprometiese la responsabilidad internacional del Estado federal sirvió de justificación suficiente para que la Corte Suprema ordenara a las autoridades provinciales éstas detalladas e invasivas medidas¹⁰⁵.

Una particularidad de los sistemas federales es la posibilidad de diferencias entre las distintas unidades de la federación y entre éstas y el ámbito federal en la manera en que se tratan las mismas cuestiones¹⁰⁶. Sin embargo, "Verbitsky" restringió enormemente esta posibilidad de divergencias indicando que el Estado Federal ejerce cierto grado de orientación en la legislación y en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley¹⁰⁷. El Alto Tribunal entiende que:

Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía¹⁰⁸.

¹⁰³ Considerando 42.

¹⁰⁴ Considerandos 58 y 60.

¹⁰⁵ Considerandos 41 y 42. En su disidencia parcial, el Juez Fayt concordó con las pautas orientativas dadas por la mayoría, pero en el entendimiento que las mismas son orientaciones para los jueces locales que son quienes deben decidir todas estas cuestiones.

¹⁰⁶ TARR, G. Alan and KATZ, Ellis, "Introduction", in *Federalisms and Rights*, edited by KATZ, Ellis and TARR, G. Alan (1996), p. x.

¹⁰⁷ Considerando 55. La jueza Argibay disintió en este aspecto de la decisión mayoritaria ya que no cree que la legislación nacional deba servir de marco para el análisis de la legislación provincial. Pero coincidió con la mayoría en que la normativa internacional vincula a las provincias.

¹⁰⁸ Considerando 57. La mayoría de los precedentes internacionales no han encontrado que la diversidad de legislaciones o prácticas al interior de un Estado federal implique *per se* una discriminación. Particularmente en diferentes casos, se utilizó este argumento ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que a la fecha no lo ha aceptado. Así ha sostenido que "al ser el Estado Parte una unión federal, son posibles diferencias entre las partes que constituyen la Federación lo que no constituye por sí mismo una violación al principio de igualdad y no discriminación". Sergei Anatolievich CHEBAN et al., v. The Russian Federation, Communication No. 790/1997, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/790/1997 [2001], párr. 7.4. Ver asimismo, el caso Hesse donde se

Para lograr esta uniformidad la Corte entiende que las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional¹⁰⁹.

III.e. Derecho a la salud y las responsabilidades federales y provinciales frente a los tratados internacionales

El derecho a la salud se encuentra protegido de manera expresa o implícita en instrumentos con jerarquía constitucional¹¹⁰. Múltiples casos le han permitido a la Corte Suprema elaborar una rica jurisprudencia definiendo las obligaciones de la Nación y de las provincias en materia de salud. La CSJN reconoce que un

imperativo constitucional... pone a cargo del Estado [en el caso, el provincial] la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano, destinatario esencial de los derechos reconocidos por la Constitución y por diversos tratados internacionales con igual jerarquía, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud¹¹¹.

alegó discriminación con base a los diferentes plazos de prescripción en distintas provincias australianas. El Comité declaró inadmisibile la petición por falta de fundamentación en este punto. Peter Hesse v. Australia, Comunicación No. 1087/2002, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/1087/2002 (2002), párr. 4.2. En el caso Lindgren contra Suecia, donde se alegó discriminación ya que distintos municipios tenían regímenes diferentes en cuanto a subsidios a escuelas privadas, el Comité tampoco encontró violación. Lindgren y otros v. Sweden, Comunicación No. 298/1988, U.N. Doc. CCPR/C/40/D/298/1988 (1990), párr. 10.4. En el caso ArieH Hollis Waldman, los denunciantes alegaron la diferencia de trato entre los residentes en diferentes provincias de Canadá con relación a la educación religiosa, sin que el Comité de Derechos Humanos se pronunciara al respecto. Ver ArieH Hollis Waldman v. Canada, Comunicación No. 694/1996, U.N. Doc. CCPR/C/67/D/694/1996 (1999), párr. 3.1. Ver en el mismo sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, caso Dudgeon v. The United Kingdom, 22 de octubre de 1981, Opinión Disidente del Juez Matscher indicando:

La diversidad de leyes domésticas que es la característica de un Estado federal, nunca puede constituir discriminación y no hay necesidad de justificar la diversidad en este aspecto. Un reclamo en contrario sería irrespetar totalmente la esencia misma del federalismo (traducción propia).

Solo conocemos un caso donde la CIDH encontró que Estados Unidos había violado sus obligaciones internacionales en materia de igualdad y no discriminación por permitir que la determinación de si los homicidios merecían la pena de muerte quede en manos de cada Estado de la Unión y no del Gobierno federal. CIDH, caso N° 9647, Estados Unidos, Resolución N°3/87, párr. 63, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987 OEA/Ser.LV/II.71, Doc. 9 rev. 1, 22 septiembre 1987.

¹⁰⁹ Considerando 57.

¹¹⁰ Corte Sup., "María, Flavia Judith v. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial", Fallos 330:4647, considerando 4.

¹¹¹ Corte Sup., "Ledesma, Luis v. Santiago del Estero Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos 329:2737, considerando 6.

Este derecho en su reconocimiento internacional y constitucional es “extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva”¹¹². El derecho a la salud, la CSJN ha indicado que el mismo, “máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional”. De allí, “la obligación impostergable que tiene la autoridad pública [en el caso, nacional] de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales”¹¹³.

La Corte Suprema es enfática en extender los compromisos internacionales en materia de salud tanto al Estado nacional como a las provincias. Los compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud que el Estado Nacional ha asumido se extienden a sus subdivisiones políticas¹¹⁴. Por lo cual corresponde a la responsabilidad del Estado provincial, y no sólo del Nacional, asegurar la efectiva protección integral de la salud de sus habitantes¹¹⁵.

A partir de los casos “Beviaqqua”¹¹⁶ y “Monteserín”¹¹⁷, la CSJN comenzó a deslindar y articular las responsabilidades respectivas de

¹¹² Corte Sup., “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta v. Ministerio de Salud —Estado Nacional s/ acción de amparo— medida cautelar” (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema), Fallos 326:4931 y “Reynoso, Nilda Noemí v. I.N.S.S.J.P. s/amparo” (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema), Fallos 329:1638.

¹¹³ Corte Sup., “Sánchez, Norma Rosa v. Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, Fallos 328:4640.

¹¹⁴ Ídem, considerando 5.

¹¹⁵ Corte Sup., “Ledesma, Luis v. Santiago del Estero Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos 329:2737, considerando 7; “Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., v. Estado Nacional s/amparo, Fallos 329:2552 (dictamen del Procurador al que la Corte hace suyo) y “Sánchez, Norma Rosa v. Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, Fallos 328:4640.

¹¹⁶ Corte Sup., “Campodónico de Beviacqua Ana v. Min. Salud – Sec. Programa de Salud y Bco. de Drogas Neoplásicas”, Fallos 323:3235. En este caso se analizó la situación del niño A. S. B. residente de la Provincia de Córdoba, nacido con un padecimiento grave en su médula ósea cuyo tratamiento depende de una medicación especial que le fuera suministrada sin cargo por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, por dos años hasta su suspensión unilateral por parte del Estado nacional.

¹¹⁷ Corte Sup., “Monteserín, Marcelino v. Estado Nacional - M.S. y A.S.”, Fallos 324:3569. En el caso se solicitaba que el Estado Nacional dispusiera la afiliación a la obra social que corresponda, a fin de que pudiera recibir todos los beneficios que prevé la legislación vigente para un niño residente en la provincia de Santa Fe, afectado de parálisis cerebral y cuyo padre adoptivo carecía de empleo y estaba en una situación patrimonial difícil que le impedía proveerle el tratamiento médico adecuado.

la Nación y de las provincias. En "Beviaqua", reiteró que la cláusula federal de la Convención que impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción, y el deber de tomar "de inmediato" las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades provinciales cumplan con las disposiciones convencionales. En adición, indicó el tribunal que la Convención sobre los Derechos del Niño incluye, la obligación de los estados de alentar y garantizar a los niños con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (artículos 23, 24 y 26)¹¹⁸. Los compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud son asumidos por el Estado nacional que no puede desligarse válidamente bajo pretexto de la inactividad de las provincias¹¹⁹. En "Monteserín", insistió en la obligación que tiene la autoridad pública nacional de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales¹²⁰.

[F]rente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado [nacional] no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial¹²¹.

La CSJN concluyó que el Estado nacional tiene una función rectora en materia de salud y debe garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios¹²².

En "Sánchez", en cambio, el énfasis fue puesto en las provincias ya que la Corte Suprema consideró "evidente" que las autoridades locales tienen un "deber de articular un mecanismo eficaz" para satisfacer el derecho a la salud. En el caso concreto, a la provincia le fue requerida la entrega de los medicamentos recetados como consecuen-

¹¹⁸ Corte Sup., caso "Beviaqua citado", considerando 20.

¹¹⁹ "Beviaqua", considerando 21 y "Monteserrin", considerando 13.

¹²⁰ Monteserín citado, considerando 11.

¹²¹ "Beviaqua", considerando 11 y "Monteserrin", considerando 13.

¹²² "Beviaqua", considerando 35 y "Monteserrin", considerando 11.

cia de la enfermedad psiquiátrica. Esta obligación provincial de articular un mecanismo eficaz para satisfacer el derecho a la salud debe realizarse de manera coordinada con el “Estado Nacional, mediante el Ministerio de Salud, el que debe acudir en forma subsidiaria”. Y reitera la función rectora del Estado nacional y la necesidad de coordinar sus acciones con los estados provinciales, todo ello “sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios”¹²³.

De esta línea jurisprudencial que complementa la iniciada en “Beviacqua” y “Monteserín” emergen principios fundamentales relativos al federalismo y los tratados de derechos humanos. El Tribunal reafirma, lo sostenido en “Verbitsky”, respecto de la obligación de los estados provinciales de articular y crear mecanismos eficaces para garantizar el derecho respectivo. Al mismo tiempo, la CSJN desarrolla el principio de un federalismo cooperativo en materia de tutela de derechos, al menos en derecho a la salud, reconociendo que el Estado nacional tiene por un lado un rol “rector” que debe llevarse a cabo en coordinación con las provincias pero al mismo tiempo un rol “subsidiario” en caso de que las provincias no cumplan con sus obligaciones. Por lo que el Estado nacional no puede alegar el incumplimiento de las provincias. Parece claro entonces que si de acuerdo al arreglo constitucional argentino, una materia corresponde a las provincias, ello no releva al Estado nacional de su rol supletorio de garantía en caso de que el derecho en cuestión encuentre raigambre internacional. De hecho, la Corte ha establecido que el Estado nacional debe

velar por el fiel cumplimiento de los tratamientos requeridos habida cuenta de la función rectora que le atribuye la legislación nacional y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales¹²⁴.

La CSJN ha insistido en la “responsabilidad conjunta” de las autoridades federales y provinciales indicando que:

las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en un estado de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes¹²⁵.

¹²³ Corte Sup., “Sánchez, Norma Rosa v. Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, Fallos 328:4640.

¹²⁴ Corte Sup., “Passero, de Barrera, Graciela Noemí v. Estado Nacional s/amparo” (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema), Fallos 330:4160.

¹²⁵ Corte Sup., “Barria, Mercedes Clelia y otro v. Chubut Provincia del y otro (Estado Nacional) s/amparo”, Fallos 329:1226, considerando 5.

Por ello no sorprende que la CSJN ha utilizado la condena en costas a la provincia y la Nación como forma de criticarlas por “imputarse recíprocamente la exclusiva responsabilidad en la atención médica reclamada”¹²⁶.

En este marco de responsabilidades duales y compartidas, es permisible que el Estado nacional conserve “potestades administrativas consistentes en el deber de practicar auditorías sobre el servicio, el de adoptar mecanismos para asegurar la correcta atención de los afiliados, y en la posibilidad de rechazar prestadores, además de la obligación esencial de transferir las partidas necesarias para afrontar las erogaciones pertinentes”. Por su parte, las provincias asumen deberes y potestades que requieren “la atención de un universo de pacientes, respecto de la cual se oblig[an] a ejercer diversas facultades, incluso las de control”¹²⁷.

Como hemos dicho, en la garantía del derecho a la salud, el Estado Nacional no puede alegar su falta de responsabilidad por corresponderle a otra jurisdicción. Ello, sin perjuicio de que pueda recuperar los costos por las vías pertinentes de quien, en definitiva resulte obligado a afrontarlas o que ejerza la actividad que crea necesaria para lograr la adecuada participación de la autoridad local”. Ya que el Estado Nacional cuenta con “atribuciones... para encauzar la obligación legal... a los organismos competentes provinciales”¹²⁸. El Estado nacional puede, por su responsabilidad subsidiaria dado los compromisos internacionales, verse obligado a actuar de manera preliminar sin perjuicio de que luego recupere los costos de los tratamientos médicos requeridos. Adicionalmente, la Corte Suprema menciona que el Estado Nacional puede ejercer “actividades” o “ejercer atribuciones”, aun no definidas jurisprudencialmente, para lograr “la adecuada participación de la autoridad local”. De modo que no es tan solo un cumplimiento subsidiario pasivo del Estado nacional, sino que el tribunal reconoce implícitamente facultades federales para lograr que las provincias cumplan con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Ello es lo que requieren los artículos 1º, 2º y 28.2 de la Convención.

Como contrapartida, la Corte Suprema ha ordenado la traba de embargo sobre los fondos de la coparticipación que pertenecieran a la Provincia del Chubut hasta cubrir la suma adeudada en concepto de prestaciones médicas¹²⁹. De modo que es posible concebir que los fon-

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ “Floreancig, Andrea” ya citado.

¹²⁹ “Barria, Mercedes Clelia y otro v. Chubut Provincia del y otro (Estado Nacional) s/ amparo”, ya citado, voto de los jueces Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay, considerando 4.

dos de la coparticipación federal pueden ser uno de los medios para sufragar los gastos que acarrea la implementación de obligaciones internacionales¹³⁰ incluidas las del cumplimiento de sentencias.

La CSJN ha considerado en "Rodríguez" que la ley 25.724 de creación del programa de nutrición y alimentación nacional, fue dictada por "el Estado Nacional en el marco de lo dispuesto en los arts. 75, incs. 22 y 23 y concordantes de la Constitucional Nacional" y que "por aplicación de los principios que hacen a la organización federal" su ejecución "se ha puesto en cabeza de cada una de las provincias"¹³¹. Así que la adopción de planes nacionales cuya ejecución se pone en manos de las provincias puede ser una de las maneras en que se cumplen los tratados internacionales respetando la estructura federal.

Sin embargo, en un grupo de causas relativas al derecho a la salud, sorprendentemente la Corte Suprema, en un lugar de abrir su competencia originaria y permitir el litigio conjunto contra la provincia pertinente y la Nación para establecer las eventuales obligaciones compartidas o subsidiarias, obligó a los litigantes a demandar a la provincia en los tribunales locales y al estado nacional en los estrados federales¹³². Resulta difícil reconciliar estas decisiones con los principios de responsabilidad compartida o subsidiaria que mantiene la Corte Suprema y con la idea de federalismo de coordinación entre las instancias nacionales y locales en materia de satisfacción del derecho a la salud. Quizás ello se deba a que hasta la fecha la CSJN no ha definido con claridad cuando la responsabilidad primordial recae en el Gobierno nacional o provincial.

III.f. Casos ante el Sistema Interamericano, cumplimiento de decisiones y federalismo

La Corte Suprema también ha sido llamada a intervenir en casos pendientes ante o resueltos por la Comisión y/o la Corte Interamericana relativos a hechos ocurridos en alguna provincia. En cier-

¹³⁰ No analizamos aquí las consecuencias que puede generar tal decisión. El embargo de los fondos de la coparticipación federal, como me hizo notar Sebastián Elías, para hacer cumplir la sentencia que reconoce el derecho a la salud, puede implicar que lleven a no cubrir otras prestaciones de salud también básicas. Ver GROSSMAN, Lucas, *Escasez e Igualdad: Los derechos sociales en la Constitución*.

¹³¹ Corte Sup., "Rodríguez, Karina Verónica v. Estado nacional y otras s/acción de amparo", Fallos 329:553.

¹³² Ver por ejemplo, "Rebull, Gustavo Prion v. Misiones, Provincia de y otro s/ amparo", Fallos 329:2911; "Gómez, Norma Haydee v. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo" y "Ledezma, Luis v. Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos 329:2737.

tas ocasiones se ha mostrado reticente a actuar de manera activa en el cumplimiento de sentencias dictadas por la Corte Interamericana como lo ejemplifica el caso "Cantos" en que el tribunal internacional ordenó específicamente reducir montos de honorarios fijados por la CSJN y ésta se negó a rever su propia sentencia¹³³. Pero en general, la Corte Suprema ha sido categórica en ordenar el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana aun cuando en algún caso haya expresado que no compartía "el criterio restrictivo" utilizado por el tribunal internacional¹³⁴.

Cuando se han planteado situaciones relativas a casos pendientes ante los órganos interamericanos como al cumplimiento de decisiones provenientes de la Comisión o de la Corte Interamericana y que involucran a las provincias, el tribunal supremo se ha mostrado errático, en cuanto a qué tribunales (federales o provinciales) corresponde intervenir y, más preocupantemente errado, al excluir de los procesos de cumplimiento a nivel judicial a las provincias y sostener que la responsabilidad le cabe exclusivamente a la Nación.

En "Lhaka Honhat", una comunidad indígena en Salta que tiene una petición pendiente ante la Comisión, la Corte Suprema muestra sus dificultades para articular el federalismo cooperativo en casos pendientes ante el sistema interamericano. La comunidad alegaba que una ley provincial convocando a un referéndum interfería con compromisos asumidos por la Provincia y el Estado Federal ante la CIDH en un proceso de solución amistosa y que se podía generar la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, la CSJN negó la necesidad de la intervención del Estado Nacional, a pesar de que éste tenía que responder sobre la ley provincial ante la CIDH. Simplemente, sin un debate entre las partes sostuvo que no "se observa con claridad la responsabilidad internacional que podría acarrear al Estado el dictado de la ley provincial en el marco del proceso de solución amistosa ante la Comisión"¹³⁵. Estas consideraciones llevaron a apartar a la Nación como parte en el caso.

¿Por qué la Corte no permite que ambos niveles de gobierno participen en el litigio de casos que se están discutiendo ante la CIDH

¹³³ Ver "Cantos", Fallos 326:2968.

¹³⁴ Corte Sup., "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovida por su defensa", Fallos 327:5668, considerando 12. De igual modo puede verse "Derecho I" (donde la Corte Suprema confirma la prescripción de una acción penal) y "Derecho II" (donde revoca su propia decisión en Derecho I para dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana). "Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal" —causa N° 24.079 (2007 y 2011)—.

¹³⁵ Corte Sup., "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat v. Salta, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza", Fallos 328:3555, considerando 2.

con representación oficial de Salta y de la Nación y que necesariamente requerirán de remedios tanto federales como provinciales? En "Lakha Honat", la CSJN remitió el caso a los tribunales locales sin requerir la participación del Gobierno Nacional. Adoptando la solución opuesta en "Millacura I", un caso de desaparición forzada de personas y cuya denuncia se encontraba en ese momento ante la Comisión, la Corte Suprema entendió que la investigación penal debía tramitarse en la justicia federal. La razón es que:

es el Estado Nacional quien asumió la responsabilidad ante el organismo internacional y es quien actúa como su interlocutor en las mesas de diálogo entre las partes. Las particularidades del caso y el protagonismo que debió asumir el estado central, justifican en este caso en particular atribuirle competencia a la justicia federal¹³⁶.

En el caso de ejecuciones de sentencias del tribunal interamericano o de cumplimiento de recomendaciones de la CIDH, que pueden requerir actuaciones provinciales, la Corte Suprema excluye consistentemente a la provincia y mantiene al Estado federal como único responsable tal como lo hizo en "Carranza" y en "Millacura II", relativos al cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH el primero¹³⁷ y de la sentencia de la Corte Interamericana el segundo y en "Lavado" sobre cumplimiento de medidas provisionales. La Corte entiende que las provincias no son "parte sustancial" en relación con el cumplimiento de una decisión adoptada por la Corte Interamericana¹³⁸ o por la Comisión¹³⁹. Ello pues el Estado Nacional, en su condición de parte de la Convención es el legitimado pasivo de la pretensión¹⁴⁰ y la cuestión que se pretende hacer valer ha salido de la órbita interna de la República Argentina¹⁴¹. Por lo cual, es el Ejecutivo Nacional quien constitucionalmente ejerce la conducción de las relaciones exteriores de la Nación y el mantenimiento de las buenas relaciones con las organizaciones internacionales¹⁴².

La CSJN consideró que las decisiones interamericanas dan cuenta que la parte involucrada era el Estado Nacional y a quien se desti-

¹³⁶ Corte Sup., "Millacura Llaipén, María Leontina s/ incidente declinatoria de competencia", Fallos 330:789.

¹³⁷ CIDH, Informe N° 30/97, Caso 10.087, Gustavo Carranza, Argentina, 30 de septiembre de 1997.

¹³⁸ Corte Sup., M. 524. XLVI. Originario, "Millacura Llaipén, María Leontina y otros v. Estado Nacional y Chubut, Provincia del s/ ejecución de sentencia", considerando 3.

¹³⁹ Corte Sup., "Carranza Latrubesse, Gustavo v. Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa de certeza", Fallos 325:380.

¹⁴⁰ "Millacura", considerando 4, "Carranza", considerando 6.

¹⁴¹ "Millacura", considerando 5 y "Carranza", considerando 6.

¹⁴² "Millacura", considerando 4.

naban las recomendaciones y no así a la provincia¹⁴³. Las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana, se refieren al Estado parte, es decir Argentina¹⁴⁴, lo que vincula a los accionantes con el Estado Nacional y no con las provincias pues es aquél el único obligado por las disposiciones de la Convención, "más allá de la organización federal de la República Argentina (artículo 28 de la Convención...)"¹⁴⁵.

Sorprende que la Corte Suprema al referirse al artículo 28 no mencione la obligación de los Estados federales contenida en el inciso 2, de asegurar el cumplimiento de la Convención, lo que incluye las decisiones de sus órganos, por parte de las entidades integrantes de la misma. Por ello, no parece adecuado sostener, como lo hace la CSJN, que solamente es

el Estado Nacional [...] la persona de derecho público a la que se dirigen las [ordenes] de la Corte Interamericana" [y] "sobre la que pesa la carga de adoptar las medidas necesarias y decisiones que permitirían, en su caso, evitar la responsabilidad internacional que podría generar su incumplimiento"¹⁴⁶.

La CSJN rechaza que pueda perseguirse el cumplimiento, tanto contra el Estado Nacional, como contra la Provincia del Chubut¹⁴⁷. En lugar de concebir que la Provincia es la autoridad estatal que debería dar cumplimiento, en coordinación y cooperación con el Estado federal, a la Convención y las decisiones de sus órganos o viceversa, el Tribunal supremo entiende que ello "importaría vaciar el contenido del artículo 99, inciso 1 de la Constitución Nacional y los compromisos asumidos por la Nación Argentina"¹⁴⁸. Lo que significa que es el Ejecutivo Nacional quien tiene la atribución de representar al país en el marco de aquellos asuntos que puedan involucrar la responsabilidad internacional incluidas las consecuencias que podría traer aparejado el cumplimiento o incumplimiento de las decisiones de la Comisión o la Corte Interamericana¹⁴⁹. Sólo el Estado Nacional en tanto destinatario de tales decisiones como Estado Parte de la Convención, es quien debe valorar el reclamo que se realiza y, en su caso, cumplir con los deberes inherentes a esa calidad. Por lo tanto la Pro-

¹⁴³ Ídem, considerando 7.

¹⁴⁴ "Millacura", considerando 6 y "Carranza", considerando 7.

¹⁴⁵ Ídem, Considerando 6.

¹⁴⁶ Millacura, considerando 8 y Lavado, considerando 18.

¹⁴⁷ Ídem, considerando 7.

¹⁴⁸ Ídem y "Lavado", considerando 17.

¹⁴⁹ Caso "Carranza", considerando 5.

vincia no puede contradecir el objeto de la controversia planteada judicialmente¹⁵⁰.

“Millacura II” y “Carranza” parecen limitar el alcance de las responsabilidades que la Corte Suprema argentina le había asignado a las provincias en el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Sin embargo, pueden entenderse exclusivamente como procesales (la competencia originaria de la Corte)¹⁵¹ y no sustantiva en cuanto a si la Provincia en su momento debería adoptar alguna acción para cumplir con las recomendaciones formuladas por la Comisión o decisiones de la Corte Interamericana. Por eso, en dos oportunidades, en “Carranza” la CSJN sostuvo que en el estado procesal en que se encontraba la causa (es decir la determinación de la competencia) no se requería la intervención de la Provincia sin perjuicio de las eventualidades procesales que pudiesen configurarse dependiendo de la respuesta que el Estado Nacional diese en su oportunidad¹⁵². Nuestra conclusión se reafirma con la decisión en un caso de medidas provisionales ante la Corte Interamericana, donde la CSJN indicó que más allá de que sea el Estado Nacional el obligado frente a los pronunciamientos de la Corte Interamericana por imperio de los artículos 31 de la Constitución y 28 de la Convención “los Estados Provinciales también deben cumplir con esta última”¹⁵³.

Más desconcertante y contradictoria resulta la decisión de la Corte Suprema en “Lavado” sobre la situación de las penitenciarías en la Provincia de Mendoza. Dicho caso llevó a un proceso ante la Comisión y al dictado de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana debido a la grave situación en la que se encontraban las personas alojadas en las unidades carcelarias provinciales. El tribunal supremo reconoce que “la prestación del servicio de seguridad y custodia del sistema carcelario de la Provincia de Mendoza” es una cuestión que no ha sido delegada a la Nación, por lo que el gobierno provincial conserva el pleno ejercicio de las facultades que le resultan propias e indelegables¹⁵⁴. De allí que:

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ La Corte Suprema en adición al recurso extraordinario interviene originaria y exclusivamente en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte de conformidad con el artículo 117 de la Constitución argentina.

¹⁵² Caso “Carranza”, considerandos 3 y 4.

¹⁵³ Corte Sup., “Fiscal v. Ferreyra, José; Almeida, Alberto y Díaz, Jorge” (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema), Fallos 332:2033.

¹⁵⁴ Corte Sup., “Lavado, Diego Jorge y otros v. Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza”, Fallos 330:1136, considerando 6.

la única legitimada pasiva es la Provincia de Mendoza porque serían sus órganos los presuntos responsables de los hechos que se denuncian, y si ello fuese así, los que, en el marco de la sentencia correctiva que se dicte, deberán adoptar las medidas y decisiones conducentes para efectivizar su inmediato y adecuado cumplimiento¹⁵⁵.

Sin embargo, en el mismo caso y a contramano de los principios del federalismo cooperativo y responsabilidades compartidas para evitar la responsabilidad internacional del Estado, nuevamente la Corte Suprema no acepta la intervención de la Provincia en el litigio ante ella en los aspectos relacionados con el cumplimiento de las medidas provisionales de la Corte Interamericana ya que “no puede concluirse que la Provincia de Mendoza resulte parte sustancial”¹⁵⁶ a pesar de ser quien constitucionalmente tiene la responsabilidad de asegurar las condiciones carcelarias dignas como lo sostuvo en consideraciones previas en el mismo caso.

Para la CSJN, lo fundamental es que estando en la esfera internacional es el Ejecutivo Nacional quien tiene la atribución de representar a la Argentina por recibir constitucionalmente el ejercicio de la conducción de las relaciones exteriores de la Nación¹⁵⁷. Al ser un asunto internacional solo el Ejecutivo Nacional puede decidir las consecuencias que podría traer aparejado el cumplimiento o incumplimiento de las recomendaciones y decisiones adoptadas por la Comisión y la Corte Interamericana. Nuevamente, en lugar de extender la responsabilidad del cumplimiento de las decisiones interamericana a la provincia, el tribunal las concentra a nivel nacional pues lo determinante es que la “cuestión ha salido de la órbita interna de la República Argentina”. Para el tribunal parecería que las órdenes interamericanas no requieren el accionar del Estado en su conjunto, lo que incluye los órdenes federales y provinciales. Utiliza la Corte Suprema una definición estrecha de Estado como sinónimo de estado nacional¹⁵⁸. Ello a pesar de que las provincias, como el propio tribunal lo reiteró en innumerables veces, están obligadas a cumplir con los tratados internacionales de derechos humanos, a que la Nación y las provincias tienen competencias complementarias y no excluyentes y que la propia Convención exige que las entidades componentes de la federación cumplan con las obligaciones internacionales. Pareciera que para el tribunal argentino la preservación de una visión unificada

¹⁵⁵ Ídem considerando 8.

¹⁵⁶ Ídem considerando 12.

¹⁵⁷ Ídem considerando 13.

¹⁵⁸ Ídem considerando 15.

externa es más importante que el cumplimiento coordinado a nivel interno de decisiones internacionales.

IV. HACIA UN MODELO ALTERNATIVO DE FEDERALISMO

La revisión del marco internacional y de la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca de las relaciones entre federalismo y tratados internacionales de derechos humanos indica que el primero es neutro con respecto a los segundos. La neutralidad se manifiesta en diversos aspectos. Primero, el federalismo implica solo una distribución territorial de poder y competencias. Pero no dice nada en abstracto sobre qué autoridad debe ser la responsable de proteger cada derecho reconocido en un tratado internacional en cada situación particular. A la inversa, los tratados de derechos humanos regulan la distribución de poder entre el Estado y los habitantes pero no responden a la pregunta de qué autoridad debe llevar a cabo el mandato internacional y constitucional¹⁵⁹. Más importante aún, la neutralidad se refiere también a la efectiva protección de los derechos. La estructura federal de un Estado, no garantiza *per se* el cumplimiento ni significa el incumplimiento de los tratados de derechos humanos. Finalmente, pero no por ello menos importante, la neutralidad o quizás la indiferencia se expresa al momento de determinar la responsabilidad internacional del Estado que siempre recaerá en el Gobierno federal aun cuando haya sido generada por acciones u omisiones a nivel provincial o local.

Así resulta fundamental no romantizar al Gobierno federal como garante absoluto de los derechos ni demonizar a los gobiernos locales como los violadores de tales derechos o viceversa¹⁶⁰. Las experiencias argentinas y comparadas demuestran que no siempre el Estado federal es mejor para garantizar y los estados locales para violar derechos. Existen ejemplos de estados locales actuando como pioneros en el desarrollo o reconocimiento de derechos o instituciones protectoras¹⁶¹.

¹⁵⁹ TRAN, Luan-Vu N., *Human Rights and Federalism, A Comparative Study on Freedom, Democracy and Cultural Diversity*, 183.

¹⁶⁰ RESNIK, Judith, "Law's Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues, and Federalism's Multiple Ports of Entry", 115 *Yale L.J.* 1564, 1579 (2006), p. 1667 y ss. [de aquí en adelante, Resnik, *Law's Migration*].

¹⁶¹ Ver por ejemplo, BRENNAN, William Jr., "State Constitutions and the Protection of Individual Rights", 90 *Harv. L. Rev.* 489 (1977) (argumentando que las Constituciones estatales son fuente de derechos que muchas veces van más allá que la Constitución federal y por ende los tribunales estatales no están limitadas al interpretar las Constituciones estatales por la interpretación de la Corte Suprema de Justicia a la Constitución federal) y DICK HOWARD, "Protecting Human Rights in a Federal System", en Mark TUSHNET Editor,

Los Gobiernos locales también sirven como espacio de experimentación que permite luego el desarrollo de mecanismos nacionales¹⁶². Los estados locales ofrecen la posibilidad de múltiples vías de entrada para la recepción e implementación de los tratados internacionales y para la protección de los derechos reconocidos en ellos¹⁶³.

De allí, que se deba indagar acerca de los elementos que facilitan la protección más efectiva de los derechos humanos en un estado federal. Para lo cual se debe superar la visión tradicional que concibe al federalismo como parte del problema en la efectiva tutela de los derechos. Ello refleja un modelo federalista que puede definirse como categórico. Este modelo parte del presupuesto de que existen categorías claras y excluyentes de distribución de competencias entre los gobiernos centrales y locales. Asume que una norma jurídica regula una sola conducta y no una multiplicidad de aspectos. Presume que hay un control exclusivo sobre la conducta humana por parte de una autoridad determinada. Y finalmente, establece claras divisiones en cuanto a la materia regulada y la autoridad responsable¹⁶⁴.

En cambio, el derecho internacional de los derechos humanos y la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, demuestran el desarrollo de un modelo alternativo de federalismo. Así, los casos de salud o *Lavado* demuestran que toda acción y necesidad humana son multifacéticas y pueden encuadrarse en diferentes categorías jurídicas y de atribución de competencias. Los tratados de derechos humanos irradian su cobertura a vastas áreas de la vida humana, lo que impide atribuir responsabilidades de manera clara a una u otra esfera de Gobierno. Adicionalmente, ni el derecho internacional ni la mayor parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema aceptan que el origen

Comparative Constitutional Federalism, Europe and America (1990), p. 114 (sosteniendo que los Estados provinciales pueden proteger más ampliamente los derechos). Por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego en Argentina reconoce toda una serie de derechos a los niños que no tienen una recepción expresa en la Constitución Argentina, salvo la jerarquización constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y una mención sobre acciones afirmativas a favor de la niñez en el artículo 75 inciso 24.

¹⁶² Por ejemplo en Canadá, la Carta de Derechos y Libertades de la Persona de Quebec fue adoptada en 1975 mientras que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades fue recién adoptada en 1982. En México, la Procuraduría de Protección Ciudadana del estado de Aguascalientes fue creada en 1988 mientras que la Comisión Nacional de Derechos Humanos fue creada por Decreto presidencial en 1990 y elevada a rango constitucional sólo en 1992.

¹⁶³ RESNIK, "Law's Migration", p. 1579.

¹⁶⁴ RESNIK, "Judith, Categorical Federalism: Jurisdiction, Gender and the Globe", 111 Yale L. J. 619 (2001) [de aquí en adelante, RESNIK, "Categorical Federalism"], ps. 619-621.

internacional de la norma sea la que determine por sí sola qué autoridad es la responsable de implementarla ni que sea suficiente para excluir o incluir a una u otra autoridad. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia de la CSJN en materia de cumplimiento de decisiones de los órganos interamericanos es difícil de conciliar con este modelo de federalismo multifacético que desarrolla en otras áreas.

Esta idea de un federalismo multifacético que conciba al sistema federal como un fenómeno complejo¹⁶⁵. El derecho internacional de los derechos humanos puede y de hecho encuentra múltiples puntos de entrada a nivel doméstico. Por ejemplo, los tratados de derechos humanos tienen recepción constitucional tanto a nivel nacional como provincial¹⁶⁶. La Corte Suprema, en el mismo sentido, ha indicado que tanto los tribunales federales como los provinciales son los responsables de garantizar la efectiva aplicación de la normativa internacional con lo cual los tratados de derechos humanos ingresan tanto a través de la justicia federal como provincial. Debido a la diversidad de materias reguladas como a los múltiples puntos de ingreso y la dualidad jurisdiccional de su tutela, existen innumerables posibilidades y necesidades de acciones concurrentes, antes que excluyentes, entre el Gobierno nacional y los provinciales.

Antes que categórico y excluyente resulta pertinente imaginar al federalismo como un entramado donde cada esfera de gobierno participa en su construcción. De allí, que no solamente se debe permitir sino fomentar la participación de las entidades de la federación en la implementación de los tratados de derechos humanos¹⁶⁷. Los casos de derecho a la salud, por ejemplo, demuestran esta participación conjunta en la construcción de la telaraña que fomenta las relaciones entre la federación y las entendidas federadas. Por supuesto, estas interacciones, como surge de las decisiones de la CSJN en "Lavado" o

¹⁶⁵ RESNIK, "Categorical Federalism", ps. 622-624.

¹⁶⁶ Ver, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículo 11; Constitución de la Provincia de Corrientes, artículo 184; Constitución de la Provincia del Chaco, artículo 14; Constitución de la Provincia de Chubut, artículo 22; la Provincia de Chubut mediante la ley 3746 se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículos 10 y 14; Constitución de la Provincia de Córdoba, artículo 18 y Disposición complementaria artículo 1º y ley 7098 de 1984; Constitución de la Provincia de Neuquén, artículo 13; Constitución de la Provincia de San Juan, artículo 12; Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, artículo 1º; Constitución de la Provincia de San Luis, artículo 11; Constitución de la Provincia de Tierra de Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, artículo 13.

¹⁶⁷ Para una reseña comparada de las experiencias de cooperación entre el Gobierno federal y las provincias en Canadá y su ausencia en los Estados Unidos, puede verse BELL, Koren L., "From Laggard to Leader: Canadian Lessons on a Role for U.S. States in Making and Implementing Human Rights Treaties", 5 *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.* 255 (2002).

“Lakha Honat” son fluidas, están en permanente cambio y reciben influencias recíprocas tanto internas como transnacionales. Es un proceso de socialización continuo donde las distintas esferas, se influyen mutuamente a la par de interactuar directa o indirectamente con los mecanismos internacionales que contribuyen su vez, a la fluidez de tales relaciones internas¹⁶⁸.

Obviamente, en este modelo multifacético se generaran tensiones entre los órdenes nacionales y provinciales. Basta recordar los casos de salud donde los gobiernos nacional y provincial se atribuyen mutuamente la responsabilidad o aquellos donde los jueces provinciales y federales rechazan su propia competencia para procesar el asunto respectivo o “Lakha Honat” donde la legislación provincial contradice potencialmente negociaciones internacionales. Ello, llama a desarrollar un federalismo dialógico¹⁶⁹, que reconoce las tensiones presentes o potenciales en la distribución de competencias y responsabilidades y que busca facilitar el diálogo vertical y horizontal entre los actores responsables. Desde el punto de vista vertical, a fin de facilitar la implementación de los tratados de derechos humanos y entender la complejidad de la distribución de competencias, se requiere una permanente comunicación entre el Gobierno federal y los estatales¹⁷⁰. Pero además, y dado que las autoridades locales también deben cumplir con los tratados de derechos humanos, debe promoverse y facilitarse, el diálogo entre las entidades de la federación y los mecanismos internacionales de supervisión y monitoreo de los derechos humanos. Paralelamente, debe existir un diálogo horizontal entre las provincias acerca de la implementación local de los tratados de derechos humanos. Estos espacios de diálogo deberían servir tanto para compartir información como para facilitar el aprendizaje mutuo sobre los mecanismos más efectivos para la tutela de los derechos humanos a nivel local.

¹⁶⁸ Ver particularmente los trabajos de la profesora Resnik citados.

¹⁶⁹ POWELL, Catherine, “Dialogic Federalism Constitutional Possibilities for Incorporation of Human Rights Law in the United States”, 150 *U. PA. L. Rev.* 245 (2001).

¹⁷⁰ Spiro, ha llegado a insinuar que debería pensarse en una nueva teoría que estableciese la responsabilidad solidaria (*condominium*) de las entidades de la federación y del Gobierno federal al tiempo de permitir algún mecanismo que permita a dichas entidades participar del régimen internacional de protección de los derechos humanos. Con ello, se permitiría superar tanto las dificultades prácticas como jurídicas que la concepción tradicional de la responsabilidad internacional del Gobierno federal impone a los Estados federales así como la falta de voluntad del Gobierno federal de adoptar legislación federal u otras medidas para asegurar que los Estados de la Unión cumplan con las obligaciones internacionales. SPIRO, Peter J., “The States and International Human Rights”, 66 *Fordham L. Rev.* 567 (1997).

Finalmente, el nuevo modelo requiere el desarrollo de un federalismo de coordinación. Este modelo reconoce su faz multifacética donde muchas acciones difícilmente podrán ser atribuidas con claridad a una u otra autoridad. Adicionalmente, el derecho internacional impide al gobierno central desatenderse de un asunto bajo el argumento que cae dentro de la competencia de las autoridades locales y viceversa. La Corte Suprema de manera similar ha resaltado las responsabilidades compartidas la necesidad de coordinación entre las provincias y el Gobierno nacional. Por ello, se requiere desarrollar un federalismo cooperativo que reconozca la necesidad y facilite la existencia de acciones coordinadas. Nuevamente la coordinación, al igual que el diálogo, debe ser horizontal y vertical. Verticalmente, debe producirse en dos vertientes. Por un lado una coordinación entre el Gobierno federal y los estatales y por otro lado una coordinación entre las entidades de la federación y los mecanismos internacionales de supervisión y control. De manera horizontal la coordinación debería producirse entre las mismas entidades de la federación. En este modelo cooperativo, tanto el derecho internacional como la jurisprudencia de la Corte Suprema requieren que el Gobierno federal asuma un rol "rector" de coordinación y monitoreo del cumplimiento de las obligaciones internacionales.

V. LA NECESIDAD DE UN MECANISMO INSTITUCIONAL QUE FACILITE EL FEDERALISMO COOPERATIVO

Las obligaciones internacionales y la jurisprudencia de la CSJN demuestran la necesidad imperativa de desarrollar un mecanismo efectivo para asegurar que tanto el Gobierno federal como los gobiernos provinciales se encuentren en condiciones de garantizar la vigencia de los derechos reconocidos internacionalmente. Los principios del derecho internacional, la interpretación de las normas convencionales, la jurisprudencia de la propia Corte Suprema, y en particular la realidad en las provincias, demuestran la necesidad de que se avance respecto de la situación actual, en la que el Gobierno federal es simplemente reactivo ante denuncias internacionales. Debería crearse un mecanismo donde se incorpore de una manera constructiva a las provincias para permitir la interacción y coordinación continua entre una y otra esfera de Gobierno. El objetivo de este mecanismo debería ser facilitar y hacer posible la internalización de las obligaciones internacionales por parte de las provincias.

Las múltiples y variadas cargas que pesan tanto sobre el Gobierno nacional como sobre los provinciales requieren de un mecanismo de diálogo o espacio institucional de coordinación, cooperación, de

creación de consensos entre todos los actores, nacionales y provinciales, involucrados para hacer efectivo el ejercicio de los derechos reconocidos internacionalmente en todo el ámbito territorial del país. Este mecanismo debe permitir la búsqueda de soluciones mediante un equilibrio entre el respeto a las autonomías provinciales y el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los tratados de derechos humanos. Debe facilitar la conciliación de los distintos intereses en juego y particularmente debe tener como meta esencial el asegurar de la mejor manera posible la plena vigencia de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales para todos los habitantes independientemente de la provincia donde se encuentren.

Hasta ahora, tal como lo demuestras los casos ante el sistema interamericano como ante la Corte Suprema, el Consejo Federal de Derechos Humanos que existe en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos no ha logrado cumplir este objetivo. Este Consejo Federal, se compone de representantes de las provincias y del Gobierno nacional y es coordinado por la Secretaría de Derechos Humanos. Pero, los casos que han sido mencionados aquí no han contado con un espacio de diálogo o coordinación en dicho Consejo Federal.

De lo que se trata es de asegurar que el piso mínimo de los derechos sea el contenido en el derecho internacional de los derechos humanos. Cada provincia puede elegir los medios, formas, políticas, planes, programas que estime pertinente y que refleje sus particularidades, historia, tradiciones, idiosincrasia. En este sentido, el mecanismo propuesto podrá servir también de marco de intercambio de las experiencias exitosas entre las distintas provincias.

Dado que la implementación de las obligaciones internacionales de derechos humanos es una tarea permanente, el mecanismo también deberá ser permanente. Debe ser activo y propositivo y no reactivo. Debería servir de foro para la revisión de la legislación provincial en áreas críticas como pueden ser la penal o procesal penal, o análisis de políticas públicas como seguridad ciudadana o formación de los agentes encargados de hacer cumplir la ley o igualdad y no discriminación. También debería estar involucrado en la preparación de informes que deben presentarse ante los distintos órganos internacionales de monitoreo y en particular debe servir de foro para estudiar las recomendaciones que se le formulen al país para asegurar que las mismas son implementadas en todas las provincias. Debería permitir el análisis de las decisiones en casos individuales con un doble objetivo y facilitar la coordinación para el cumplimiento de las mismas entre el Gobierno nacional y la provincia que pudiese estar implicada. Al mismo tiempo y por el carácter proactivo que conside-

ramos debe tener, el análisis de las decisiones debería estar destinado a identificar las prácticas, políticas, acciones u omisiones, legislación que haya sido considerada por el respectivo organismo internacional como violatoria de alguna norma internacional a fin de asegurar que tal situación no existe en el resto de las provincias y en el caso de que si exista eliminar o modificar dicha situación.

Finalmente, el mecanismo debe prever las soluciones ante potenciales desacuerdos entre el Gobierno nacional y los provinciales. La coordinación no siempre resultará sencilla y puede que ni siquiera sea posible. Y ello se debe no solamente a que puede haber problemas logísticos de coordinación práctica sino que puede haber diferencias ideológicas y políticas entre el Gobierno federal y los provinciales que conduzcan a una resistencia local o que impidan esta coordinación.

Dado que el Estado federal será en definitiva responsable internacionalmente, al menos en materia de casos individuales su opinión debería prevalecer y deberían especificarse claramente los mecanismos legales para efectivizarla. Sin pretender ser exhaustivos algunas propuestas que pueden analizarse serían las siguientes. En materia de reparaciones económicas, el Gobierno nacional debería estar facultado para pagar las indemnizaciones correspondientes y luego repetirlas contra la provincia respectiva o retenerla de la coparticipación federal correspondiente como la Corte Suprema lo permitió en "Barria". En el aspecto investigativo y de justicia, dada la naturaleza federal de todo lo relativo a tratados internacionales, según lo señalado por la CSJN, podría pensarse en la transferencia de las causas respectivas a la justicia federal en casos de patrones sistemáticos de impunidad a nivel provincial¹⁷¹. En materia de reformas legislativas la situación puede ser más compleja pero ya la Corte Suprema ha dado algunas pautas. "Verbitsky" puso en claro que la legislación nacional puede servir de ley marco o piso mínimo para las legislaciones provinciales. Por ejemplo ya existe el precedente de la ley 23.098 sobre procedimiento de hábeas corpus, que dispone:

¹⁷¹ Tal como lo hace la reforma constitucional brasilera. Artículo 109: Corresponde a los jueces federales:

V-A - las causas relativas a derechos humanos a que se refiere el § 5º de este artículo;

§ 5º En las hipótesis de graves violaciones a los derechos humanos, el Procurador General de la República, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de tratados internacionales de derechos humanos de los que Brasil sea parte, podrá suscribir, ante el Superior Tribunal de Justicia, en cualquier fase de la investigación o del proceso, incidente de transferencia de competencia para la Justicia Federal. Emenda Constitucional Nº 45/2004, Publicada no DOU de 31/12/2004 (traducción propia).

El capítulo primero tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea el tribunal que la aplique. Sin embargo, ello no obstará a la aplicación de las constituciones de provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley.

Una alternativa sería otorgar al Gobierno nacional legitimación activa y crear una causa de acción ante la Corte Suprema para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la norma provincial por ser contraria al tratado respectivo. Otra posibilidad sería el precedente constitucional venezolano que permite al Defensor del Pueblo presentar ante los órganos legislativos nacionales, estaduales o municipales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos¹⁷².

VI. CONCLUSIÓN

La soberanía de los Estados para adoptar la forma federal de gobierno no puede utilizarse para justificar el incumplimiento de los tratados de derechos humanos. El derecho internacional establece la responsabilidad del Estado Federal por las acciones y/u omisiones de sus subdivisiones políticas y la imposibilidad de justificar dicha responsabilidad alegando que sus poderes son insuficientes para exigir el cumplimiento de las obligaciones internacionales. El Estado federal debe adoptar las medidas necesarias a nivel interno para asegurar su cumplimiento en el ámbito de las provincias. Y estas últimas están obligadas a implementar los tratados internacionales dentro de sus jurisdicciones.

El artículo 28 de la Convención refleja estos principios en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos. Si el Estado federal no adopta la legislación o las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del tratado por parte de las provincias de conformidad con los artículos 1º, 2º y 28 de la Convención incurrirá en responsabilidad internacional. El artículo 28 clarifica, precisa y hace más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar en el marco de los Estados federales. No altera ni disminuye el alcance de los artículos 1º y 2º sino que los complementa.

La jurisprudencia de la Corte Suprema es consistente con estos principios. Toda la materia regulada por tratados de derechos humanos ratificados por Argentina, configuran de por sí una cuestión fe-

¹⁷² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 281 inciso 7.

deral y no de derecho común. La principal preocupación de la CSJN tanto al asumir su jurisdicción como al resolver sustantivamente los casos es prevenir la generación de responsabilidad internacional del Estado. El tribunal no encuentra objeciones constitucionales para ordenar a las autoridades provinciales la adopción de medidas específicas para cumplir con el marco internacional incluso en materias que les están tradicionalmente reservadas a las autoridades locales. Así, su jurisprudencia concilia la estructura federal argentina con las obligaciones que surgen de los tratados ratificados.

La CSJN atribuye una clara responsabilidad central al Gobierno federal por asegurar y cumplir las obligaciones que surgen de los tratados de derechos humanos. El Gobierno federal no puede desatenderse de sus obligaciones internacionales argumentando que las mismas caen bajo la competencia de las provincias. Paralelamente, la Corte Suprema ha indicado que las provincias, están sujetas a las disposiciones de los tratados de derechos humanos. Por ello, las Constituciones, la legislación infraconstitucional y las actuaciones u omisiones provinciales no pueden ser incompatibles con los requerimientos que emergen de la normativa internacional. El tribunal ha insistido en múltiples casos en las responsabilidades duales o concurrentes y en la necesidad de la coordinación de la implementación de las obligaciones en derechos humanos.

El máximo tribunal deja muy claro que el cumplimiento por parte del Gobierno federal o de los provinciales de las normas internacionales de derechos humanos, al menos aquellas con jerarquía constitucional, no afecta la distribución constitucional de competencias en materia federal. Dicha distribución debe leerse en armonía con los tratados de derechos humanos. Las competencias, siempre que esté involucrado un derecho tutelado internacionalmente parecen ser concurrentes o al menos exigen una actuación subsidiaria del estado nacional. La única materia donde la CSJN determina una competencia excluyente es en la relación entre Argentina y los órganos del sistema interamericano. Allí establece la facultad única del gobierno federal.

La jurisprudencia argentina impide al Estado o Gobierno nacional desligarse de sus obligaciones internacionales bajo el pretexto que su cumplimiento cae bajo la esfera de las provincias y a estas últimas les impone la obligación de cumplir con los tratados de derechos humanos. Sin embargo, y a pesar del insistente llamado de los órganos de derechos humanos y de la propia Corte Suprema, casos como "Beviaqca", "Monteserín", "Verbitsky" evidencian que se carece de un mecanismo institucional efectivo que permita la coordinación entre el Gobierno nacional y los provinciales en el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Tampoco se cuenta con un mecanismo

que permita la revisión previa a la aprobación o ratificación de los tratados o posterior a ella, de legislación provincial¹⁷³ contraria a las normas internacionales como lo atestiguan “Hooft” o “Franco”¹⁷⁴. “Millacura”, “Carranza” o “Lavado” son ejemplos de la falta de un mecanismo que permita coordinar el cumplimiento de decisiones de órganos internacionales cuando están en juego competencias nacionales y provinciales.

La propuesta que esbozamos pretende cambiar la concepción del federalismo en materia de derechos humanos. Concibe al federalismo como multifacético en el sentido que la tutela de los derechos humanos no reside exclusivamente en un nivel de gobierno ni que el desarrollo de políticas públicas para su tutela es exclusiva responsabilidad de un ámbito u otro. Por el contrario, concibe que las responsabilidades pueden ser complementarias en el sentido que tanto uno como otro ámbito pueden tener asignadas ciertas funciones sea por el derecho interno o por el derecho internacional. Además concibe que esta asignación de responsabilidades pueden mutar en el tiempo y de acuerdo a las necesidades fácticas así como a la respuesta jurídica que se dé a los nuevos desafíos políticos en materia de derechos humanos.

Un federalismo cooperativo es necesario para implementar de manera efectiva los tratados de derechos humanos. Esto es un federalismo basado en la idea de búsqueda de respuestas compartidas y consensuadas entre los diferentes niveles de gobierno a las que se llegará mediante una cooperación negociada. El énfasis en la cooperación y la negociación acepta que no siempre las relaciones entre ambos niveles será cordial. Reconoce una preferencia por la acción conjunta y asume que la implementación de tratados de derechos humanos requiere de voluntad política y de negociación entre las diferentes autoridades.

Los principios generales del derecho internacional, la interpretación teleológica, literal y contextual de la Convención así como la

¹⁷³ Tampoco se cuenta con un mecanismo para revisar la legislación nacional. Vale la pena aclarar que no propugnamos un control de constitucionalidad previo o abstracto de los tratados a ratificarse o ya ratificados o de una determinación judicial previa o abstracta de estos tratados con la legislación nacional o provincial. Pensamos en cambio en un instrumento o espacio institucional donde los ejecutivos y legislativos nacionales y provinciales puedan realizar tales análisis.

¹⁷⁴ Barberis interpreta que el artículo 28 de la Convención Americana en realidad se refiere a su ratificación, en el sentido de que el Estado federal debería procurar que las entidades locales adopten las medidas necesarias para cumplir con la Convención y recién cuando esto se logre, el Estado ratificaría el tratado. BARBERIS, *Consideraciones*, p. 250.

jurisprudencia de la CSJN permiten sostener que tanto el Gobierno nacional como los gobiernos locales se encuentran en la obligación de asegurar la plena vigencia de los derechos contenidos en la Convención y en los tratados internacionales en general. En este sentido, el argumento de la estructura federal para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales o para desentenderse de las mismas no es otra cosa que una defensa política que en definitiva demuestra que el Gobierno nacional no desea utilizar todas las facultades jurídicas que se tienen para lograr que las unidades de la federación den estricto cumplimiento a las normas de derechos humanos¹⁷⁵. El federalismo no es un problema sino una posibilidad. Al crear un doble sistema de garantías constitucionales, los derechos teóricamente tienen mejores posibilidades de ser protegidos. El sistema internacional de los derechos humanos provee un tercer sistema de protección. Por lo tanto de lo que se trata es de buscar la manera de integrar a los tres sistemas plenamente. Y para ello se requiere de voluntad política y la construcción de un nuevo federalismo de cooperación y no de excusas jurídicas.

¹⁷⁵ Ver en el mismo sentido para el caso de Australia, JOSEPH, Sarah, "Federalism and Human Rights", en *International Legal Challenges for the Twenty-first Century*, Proceedings of a Joint Meeting of the Australian & New Zealand Society of International Law and the American Society of International Law, 26-29 June 2000, p. 331.