El Estado Federal y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Dificultades en su armonización

I. Consideraciones preliminares:

El tema a abordar surge a partir de advertir que se presentan nuevas aristas entre la relación federalismo y el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente, en el ámbito regional –sistema interamericano- y, en su caso, ensayar algunas respuestas.[1]

Surgen como disparadores para el abordaje de esta problemática algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que serán referenciadas y que versan acerca de los estándares mínimos que deben tener las provincias en el tema de las garantías y los compromisos asumidos por el estado argentino al suscribir instrumentos internacionales, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad internacional al estado nacional.

Esto, evidentemente, hace que una de las características fundamentales para el adecuado funcionamiento del federalismo "hacia adentro", que no es otra que una relación de coordinación entre los poderes públicos provinciales y nacionales, deba ser profundizada y, eventualmente, rediseñada. Naturalmente, siendo en esta matriz el nivel federal el que representa al estado "hacia fuera", vale decir, en las relaciones internacionales, aquella perspectiva interna no puede despojarse de la incidencia que proyecta en determinados contextos la externa.

Lo expuesto no implica que el derecho internacional pueda obligar, como se sabe, a que un estado adopte una u otra forma de gobierno. En este sentido los estados son soberanos y pueden adoptar de acuerdo a diferentes factores (sociológicos, normativos y políticos) la forma que estimen más conveniente, ya sea un gobierno central o uno federal.

---

[1] Coincide Víctor Abramovich en la introducción a la obra colectiva "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década", acerca del impacto del derecho internacional de los derechos humanos sobre la organización federal, nueva problemática que ha merecido escaso tratamiento, y que repercute "no sólo en el plano normativo de distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias en ciertas áreas temáticas relevantes, sino también en el plano de la coordinación intergubernamental, donde actúan o debieran actuar mecanismos institucionales de articulación entre estas diferentes instancias". ("La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década", AAVV, compiladores Abramovich, Bovino y Courtis, Del Puerto, 2007, p. VIII).

Correlativamente, la opción por una forma de gobierno con relación al territorio no le exime de cumplir con las obligaciones contraídas, aún por los actos que realice la federación.

Este principio surge de lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena cuando dice: *"Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46"*[2]. Agregando en el art. 29 que *"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"*.

En este sentido también se ha expresado la Corte Internacional de Justicia en el caso "LaGrand", de 1999, al referir: *"que el estado incurre en responsabilidad internacional por los actos de sus órganos y autoridades competentes, cualesquiera que sean: considerando que los Estados Unidos deben adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar que Walter LaGrand no sea ejecutado mientras no se haya dictado resolución definitiva en este proceso; considerando que, según la información de que dispone el tribunal, la aplicación de las medidas indicadas en la presente Providencia cae dentro de la esfera de competencia del gobernador de Arizona; considerando que el gobierno de los Estados Unidos tiene, por consiguiente, la obligación de transmitir la presente Providencia a dicho gobernador, considerando que el gobernador de Arizona está obligado a actuar de conformidad con los compromisos internacionales de los Estados Unidos"*[3].

Este tipo de tensiones dentro de los estados federales ya las observaba Karl Loewenstein cuando advertía: *"El federalismo implica el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el Estado miembro, y a la inversa"*[4].

---

[2] El art. 46 de la Convención de Viena prevé la alegación de disposiciones del derecho interno relativas a la competencia para celebrar tratados cuando "sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de derecho interno".

[3] Fallo citado por Ariel E. Dulitzky, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones", en AAVV *"Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos"*, Ediar, Bs.As., 2003, p. 161 ("LaGrand (Germany v. United Status of América), Provisional Measures, C.I.J., Reports, 1999, p.9. en la p.16. párr. 28).

[4] Loewenstein, Karl; *"Teoría de la Constitución"*, Editorial Ariel, Barcelona, 1979, p.353.

Señeramente el profesor Vanossi, en 1964, trató las tensiones y necesidad de reformulación del federalismo en una obra denominada "Situación actual del Federalismo", de la cual recomendamos su lectura.[5]

Queda así brevemente delineado el marco general que rodea la temática en consideración, y que a partir de algunos fallos de la Corte Suprema, ensayaré algunas respuestas y reflexiones, de carácter provisorias dejando planteados también algunos interrogantes.

II. La cláusula federal en la Convención americana de Derechos Humanos. Consecuencias dentro de los países de estructura federal dentro del MERCOSUR.

Teniendo en cuenta que en América existen numerosos países que adoptaron dentro de sus textos constitucionales la forma federal del gobierno[6], surge en forma lógica que la CADH tuviera que contener esta realidad dentro de su articulado.

Así, aparece la "cláusula federal" que establece:

Artículo 28:

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.

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

---

[5] Vanossi, Jorge R.; "Situación actual del Federalismo. Aspectos institucionales y económicos; en particular sobre la realidad argentina", prólogo de Alberto Antonio Spota, Depalma, 1967.

[6] Establecen la forma federal de gobierno: Brasil, Colombia, Venezuela, México, Estados Unidos y Argentina. Incluso en nuestro país se sostiene que la forma federal es preexistente a la constitución de 1853, podríamos decir que es un límite sociológico y político del poder constituyente originario.

De la lectura armónica de la norma trascripta con los artículos 1 y 2 de la Convención[7], surge la obligación por parte de los Estados federales de adoptar las medidas de derecho interno requeridas para hacer efectivos los derechos y garantías reconocidas por la misma.

Consideramos que las dificultades que tengan los estados federales en implementar efectivamente la Convención dentro de sus regiones, provincias, departamentos, estados, etcétera, deberán ser revisadas tanto desde la óptica del derecho constitucional como la del derecho internacional, porque más allá de algunos criterios que consideran limitativos la aplicación de la Convención en los estados federales, el estado responde como sujeto único de derecho internacional, ya sea frente a otros estados como respecto a organizaciones regionales (así, por caso, la OEA o un sub-bloque de integración como el MERCOSUR).

Puntualizando con el ámbito regional, debemos señalar que el MERCOSUR está compuesto por Miembros Plenos y Asociados. Así su relación entre el Poder y el territorio de acuerdo a sus textos constitucionales, podemos advertir quienes adoptan la forma unitaria y federal.

Plenos:

Argentina: Art. 1 adopta la forma federal de gobierno.

Brasil: Art. 1 asume la forma federal; y por el art. 22 la Unión legisla en materia civil, penal y procesal.

Paraguay: art. 1 se declara unitario e indivisible.

Uruguay: Art. 1 y 82 unitario y asume la forma de gobierno democrática y republicana.

Venezuela: Art. 4 y 156 inc. 32 es federal y legisla la federación en materia penal, y de procedimientos.

[7] Recordamos que los arts. 1° y 2° de la CADH integran el cap. I "Enumeración de Deberes", de la Parte I "Deberes de los Estados y Derecho Protegidos". En concreto, el 1° fija el compromiso de los estados parte de la Convención en respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, así como garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin ninguna clase de discriminación basada en raza, sexo, religión, opinión política, nacionalidad, etc, a la vez que declara que *"persona es todo ser humano"*. A su vez, el 2° fija el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, si ya no estuvieren garantizados.

Estado Plurinacional de Bolivia: Art. 1 adopta la forma unitaria (en proceso de adhesión)[8].

Asociados:

Chile: Art. 3 asume la forma unitaria.

Perú: Art. 43 se declara unitario.

Colombia: Art. 1 se declara república unitaria descentralizada.

Ecuador: Art. 1 se declara un estado unitario.

Surinam: Arts. 1 y 55 se declara democrática, con estructura unitaria

Guyana: Arts 1 y 2, con estructura unitaria

Del análisis realizado podemos sacar una primera conclusión: Argentina es el único país federal de la región que escinde los códigos de procedimientos con los de fondo, de conformidad con lo establecido en el art. 75 inc. 12 CN.

En el caso que desarrollaremos infra implica que por ejemplo en materia penal existan asimetrías entre lo que reglan las provincias entre sí en materia de procedimientos, con consecuencias disímiles para las personas sometidas a proceso, como luego veremos específicamente para aquellas personas que transcurren el proceso en prisión provisional.

Retomando el marco interamericano, debemos coincidir con lo manifestado por Héctor Gros Espiell, en el sentido que puede advertirse que la redacción de la norma citada no resulta la más feliz. Explica el autor mencionado que el texto original era de mejor factura[9], advirtiendo en este sentido que *"tal como está redactado el articulo 28 puede provocar una situación, en algunos Estados Federales, como por ejemplo los*

[8] A partir del 6 de diciembre del 2012 fue firmado el Protocolo de Adhesión, encontrándose en proceso de adhesión al bloque. Dejamos a salvo la complejidad del sistema judicial organizado por la ley 25 del 2010, que posee especiales aristas a partir de la adopción de un sistema jurídico pluricultural, el cual excede su pormenorizado análisis el ámbito de este trabajo.

[9] Decía: *"Cada Estado Parte, cuando constituye una federación, tomará las medidas necesarias, con arreglo a su Constitución y sus leyes, para que se hagan efectivas las disposiciones de la presente Convención en todos los Estados, Provincias o Departamentos federados y otros territorios bajo su jurisdicción"*. La redacción definitiva fue a instancias de los Estados Unidos.

Estados Unidos si algún día llegaran a ser partes en la Convención, que significaría prácticamente la imposibilidad de aplicar la mayor parte del Pacto de San José. El proyecto original era infinitamente mejor y no presentaba este peligro. Pero con o sin el artículo 28, es evidente que el Estado parte, el Estado Federal, está internacionalmente obligado y es responsable ante el derecho internacional del cumplimiento del Tratado"[10].

Señala Abramovich, siguiendo el criterio de la CIDH, que la cláusula federal debe entenderse en el sentido en que "el Estado federal tiene no sólo el deber de respetar esas obligaciones, sino también la de adoptar medidas positivas para hacerlas cumplir". Y agrega "Eso implica adoptar medidas positivas para hacer cumplir el tratado aún cuando el responsable directo de una obligación o el responsable directo de una violación del tratado sea un estado provincial".[11]

Esta misma preocupación es señalada por Albanese cuando hace referencia acerca de las divergencias sobre las interpretaciones de las cláusulas de los tratados y su alcance tanto de los superiores tribunales internos respecto a los tribunales internacionales, como entre órganos internacionales competentes.[12]

II.1. El federalismo en Argentina: bases constitucionales

Como ya nos enseñara el maestro Bidart Campos el Estado federal nace a partir de la Constitución de 1853 -1860, sin embargo histórica y cronológicamente no fue una

---

[10] Gros Espiell, Héctor; *"La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo"*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p.202. También critica duramente la norma Thomas Buergenthal, en los siguientes términos: *"La evidente simplicidad del art. 28 oculta las complejidades jurídicas inherentes a esta disposición. Este artículo da origen a cuestiones de derecho nacional e internacional de gran complejidad que no fueron tomadas en consideración por sus redactores. Por ejemplo, la cuestión de si un Estado federal 'ejerce jurisdicción legislativa y judicial' sobre una materia específica, es un tema de derecho internacional en cuanto involucra la interpretación de un tratado. Sin embargo, en un caso concreto la cuestión solamente puede ser decidida tomando como referencia la legislación interna de un país específico. Esta conclusión trae a colación la pregunta de si la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene jurisdicción para interpretar y aplicar la Convención y hasta qué punto, está facultada para examinar la excepción que aduzca un Estado parte con base en el art. 28"* (en la obra *"El sistema interamericano para la protección de los Derechos Humanos"*, Anuario Jurídico Interamericano, 1981, OEA, Washington, 1982, p.127/28, conforme expone Gros Espiell, ob.cit., p.204, nota a pie 396).

[11] Ob.cit.; p. IX.

[12] Albanese, Susana; "La internacionalización del derecho constitucional", coordinadora, AAVV; El control de convencionalidad, Ediar, 2008,p. 25. Señala la autora en la página citada los dichos de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el discurso pronunciado en enero del 2008 con motivo de la inauguración del Año Judicial en la Corte Europea de Derechos Humanos en el cual señaló su preocupación sobre todo cuando esa divergencia afecta a un mismo estado.

creación meramente racional del poder constituyente sino una recepción de fuerzas y factores que condicionaron su realidad sociológica.[13] Así, establece el texto fondal en el art. 1: *"La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal"*[14].

Cabe aclarar que las provincias, si bien no son soberanas, gozan de autonomía, conforme surgen del juego armónico de los artículos 5, 31, 122 y 123 de la C.N.

Esta "garantía federal" está establecida en el artículo 5 que, bajo ciertas condiciones, les garante la Nación su propia existencia y, para el caso de no cumplir con ellas, prevé el remedio de la intervención federal del art. 6. Reflexionaba respecto al alcance de dichas normas González Calderón refiriendo que "Correlativamente a esa exigencia de la Constitución federal, por la que los estados particulares deben conformarse a las reglas y a los principios que prescribe, para la organización de sus gobiernos locales, aquéllos tienen el derecho vigente –que emerge de las circunstancias y condiciones de la unión, de ser protegidos en la integridad de la autonomía que se han reservado por el gobierno centrales de la Unión".[15]

Respecto a la reglas de supremacía constitucional, a partir de la reforma constitucional de 1994, se encuentran receptadas en los artículos 5, 31, 123, y 75 incisos 22 y 24, debiendo incluirse ─también conforme señala Bidart Campos─, el art. 128 que reproduce el antiguo art. 110[16].

El profesor Vanossi desarrolla el control de los poderes, siguiendo a Loewenstein, en *controles horizontales* que son los que operan en el cuadro del aparato estatal, que a su vez pueden ser intraórgano o interórgano; y *los controles verticales* que se encuentran al margen de los detentadores del poder y son aquellos que se hallan al nivel en que la maquinaria se enfrenta con la sociedad política. Señala como

---

[13] Bidart Campos, Germán; *"Manual de la Constitución Reformada"*, T. I, Ediar, 1998, p. 438. Así las provincias preexistentes que mandaron convencionales constituyentes en 1853 fueron Córdoba, La Rioja, Catamarca, Corrientes, Mendoza, Jujuy, Salta, Tucumán, Santa Fe, Santiago del Estero, Entre Ríos, San Luis y San Juan. Explica acabadamente las diferentes posturas acerca del origen del federalismo en Argentina, posiciones doctrinarias, y referencias históricas preconstituyentes Antonio Hernández en *"Derecho Constitucional"*, AAVV, Cap. XVIII, *La descentralización del poder en el estado. El federalismo. Nación y provincias*, Editorial Universidad, 2004, p.675/692.

[14] La CSJN ha dicho históricamente que *"la Constitución federal de la República se adoptó para su gobierno como nación, y ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, pero no se ha propuesto hacer una nación centralizada"* (fallos. 7:373)

[15] González Calderón, Juan; *"Curso de derecho constitucional",* Editorial Kraft, 5° edición,1967,p. 121. Señala el autor que los artículos 5 y 6 CN son muy similares con los preceptos constitucionales de las constituciones de Estados Unidos y de Suiza.

[16] Cf. Bidart Campos, ob.cit., p. 441.

comprensivos de estos últimos al federalismo, al pluralismo político y finalmente a los derechos y garantías individuales.[17]

Cabe traer a colación lo expresado por Kelsen cuando trata el tema de la relación de las normas y el territorio explicando que pueden existir normas centrales (comunidad jurídica central), normas locales (comunidad jurídica parcial), y que juntas forman el orden jurídico total o nacional (comunidad total). Apunta correctamente Esaín que este planteamiento impone pensar en muchas ocasiones la supremacía del orden central, provocando la confusión y hacer ver al gobierno federal como el reflejo del orden jurídico total, cuando no posee esa virtud, sino la de ser una comunidad jurídica parcial –central, suprema- pero parcial. Concluye "es verdad que esta forma de Estado impone la supremacía del orden central sobre los locales, pero no en todas las materias sino en las que le ha delegado la Constitución".[18]

En cuanto a la distribución del poder entre el estado y las provincias, el art. 121 establece que *"las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al gobierno federal, y que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al momento de su incorporación"*. Señalaba Joaquín V. González al comentar este artículo que "en él se han consagrado todo el derecho histórico argentino contenido en los estatutos y pactos anteriores. Ésta es la regla general y comprensiva para dirimir en todo caso los conflictos posibles entre los dos órdenes de gobiernos, y según ella, el de la Nación, siendo conferido por las Provincias, es expreso, limitado y excepcional."[19]

De tal modo, en la federación confluyen dos fuerzas que, según sistematiza Vanossi, son:

---

[17] Vanossi, Jorge R; "Teoría Constitucional", T.I., Depalma, 2° edición actualizada, 2000, p.563.

[18] Esaín, José; "Competencias ambientales", Abeledo Perrot, 2008 p. 44. A esta misma conclusión arriba Vogel al explicar el sistema federal alemán; así refiere "La mencionada supremacía de la Federación se refleja por ejemplo en los arts. 31, 71,72,74 y 75 GG. Ello es correcto, y al mismo tiempo induce a equívoco en la medida que pasa por alto que también los Länder pueden –en el ámbito de sus competencias- actuar jurídicamente con eficacia no sólo respecto de sí mismos y de otros Länder, sino también de la Federación. Es lo que sucede, por ejemplo, con el ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa, fiscal y social por órganos de los Länder. Pero también la legislación y los actos administrativos emanados de las autoridades de los Länder (v.gr., en el marco del Derecho urbanístico) son vinculantes para la Federación". ("Manual de Derecho Constitucional", Benda-Maihofer,Vogel, Hesse,Heyde, traducción de López Pina, Marcial Pons, 1996,p. 627)

[19] González, Joaquín V.; *"Manual de la Constitución Argentina"*, Editorial Estrada, 28 edición, 1983, p.645.

a) una ***centrípeta o centralizadora***, ejercida por la federación, en la que sitúa a las provincias en un todo indisoluble, que ellas integran pero no pueden desarticular por sí mismas;

b) por otro lado, movilizan una fuerza ***centrífuga o dispersiva o desconcentradora***, que debe ser respetada. Esta última llama a considerar la posición de las provincias en la generación de las políticas nacionales, como efectivas y reales partes integrantes de la federación[20].

Señala el autor que el secreto del federalismo está en el punto de equilibrio entre los dos peligros de degeneración: el triunfo centrítpeto o el triunfo centrífugo.[21]

Avanzando más en el desarrollo existen tres tipos de relaciones "vertebrales" clásicas entre el Estado Nacional y las provincias: a) de ***subordinación,*** b) de ***participación*** y c) de ***coordinación.*** Así, la primera se expresa en la supremacía federal (arts. 5 y 31 CN); la segunda implica reconocer a las provincias el colaborar en las decisiones del gobierno federal; finalmente, la tercera delimita las competencias propias del Estado federal y de las provincias, dividiéndose en: 1) competencias exclusivas del Estado federal; 2) competencias exclusivas de las provincias; 3) competencias concurrentes; 4) competencias excepcionales del Estado federal y de las provincias[22].

No obstante estas consideraciones generales acerca del estado federal, reconocemos que no es posible traspolar *"per se"* las características o soluciones con que cada país resuelve los diferentes conflictos que se le vayan suscitando. En este sentido, coincidimos con la reflexión de Castorina de Tarquini cuando sseñala que el federalismo se debe entender como hecho social que posee versiones jurídicas distintas y es sólo a partir de este postulado que se nos permitirá comprender cada esquema diferente adaptado a la realidad política y fenoménica de cada estado.[23]

---

[20] Vanossi, Jorge R; "Situación actual del federalismo", Depalma, 1964,p. 3. En la nota a pie de página 1 cita a Linares Quintana "En todo estado federal actúa constantemente dos fuerzas opuestas que procuran superarse y vencerse recíprocamente al menor desfallecimiento de la contraria y sobre cuyo equilibrio se fundamenta el esquema del federalismo: *una fuerza centrípeta y concentradora*, que atrae, dirige o empele hacia el centro, procurando la centralización de la mayor suma posible de poder en el gobierno general y por ende el robustecimiento de éste; y *una fuerza centrífuga o desconcentradora*, que atrae, dirige e impele lejos del centro, tendiendo a la descentralización y a la fragmentación del poder entre los gobiernos locales, cuyo fortalecimiento busca. La dinámica federal se manifiesta en la práctica de las instituciones políticas por la constante lucha entre ambas fuerzas" (Tratado, T. VI, p. 229).

[21] Vanossi, Jorge R; "Teoría Constitucional", T.II., Depalma, 2° edición actualizada, 2000, p.219.

[22] Bidart Campos, *"Manual de Derecho Constitucional Argentino"*, Ediar, 1980, p. 130.

[23] Castorina de Tarquini, María C.; *"Federalismo e integración"*, Ediar, 1997, p. 23

Algunos autores consideran que estos principios no alcanzan para diseñar el federalismo actual, haciendo mención de otros que considero que en modo alguno anulan a los tres clásicos, sino que los completan de acuerdo a las nuevas realidades dado el carácter dinámico de esta forma de relacionar al poder con el territorio.

En este orden de ideas, existe un cuarto principio que es el de ***lealtad federal,*** siguiendo a Castorina de Tarquini, que esta relación se torna real y efectiva en tanto y en cuanto el gobierno federal se debe abstener de toda medida que lesione o restrinja los intereses provinciales, y estos últimos deben poner todo su esfuerzo para propender a la unidad nacional, desde su posición de autonomía en la federación.

Apunta Vogel, desde el derecho constitucional alemán, afirmando que aún cuando se respeten todas las normas que relacionan a la Ley Fundamental y los Länder, en la práctica el entramado federal sólo puede funcionar si todos los participantes guardan con carácter general en su conducta un mínimo de consideración hacia los demás.[24] Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional alemán "*En el Estado federal alemán todas las relaciones constitucionales entre el Estado global y sus miembros, así como de éstos entre sí, están regidas, en su conjunto, por el principio constitucional no escrito que establece el deber recíproco de Federación y Länder de observar una conducta de lealtad federal".*[25]

Sin embargo, y con los alcances y limitaciones expresadas en el párrafo que antecede, considero relevante considerar un **quinto principio** que resulta de utilidad para resolver algunas tensiones, el de ***homogeneidad.*** El mismo es abordado por el derecho constitucional alemán, explica Vogel que por principio una constitución federal tiene que garantizar que las estructuras políticas existentes entre la Federación y Estados miembros sean homogéneas, y que también lo sean tales Estados entre sí, con el fin de evitar antagonismos que pongan en grave peligro la seguridad interior. Encuentra su fundamento en los arts. 28.1 y 28.3 GG[26]. Aclara el concepto el autor citado que no se

---

[24] Vogel, Joaquín; ob.cit.; p.633.

[25] BVerfGe, 12, 205 (255) citada por Vogel,p. 633. También, señala el autor citado en la nota 81, que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia sobre la Ley marco de universidades: "Un estado federal sólo puede subsistir si en sus relaciones recíprocas la Federación y los Länder tienen en cuenta que la medida con la que han de ejercer las competencias formalmente atribuidas viene determinada por la mutua consideración y respeto"

[26] Dice el art. 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn "El orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental". En concordancia el art. 28.3 señala "La Federación garantizará la conformidad del orden constitucional de los Länder con los derechos fundamentales y las disposiciones de los apartados 1 y 2".

trata de una plena uniformidad *"Se trata exclusivamente de garantizar un mínimo de homogeneidad entre Constitución federal y Constituciones regionales"*.[27] A lo expuesto por el profesor alemán, agregaríamos que también se ponga en peligro la seguridad, en sentido lato, exterior.

Remarcaba Pedro Frías ─al reflexionar sobre la globalización y el federalismo"─, que aquélla sólo iba a encontrar respuestas adecuadas al modo federal entendiendo a este último como *"esfera de reserva a favor del Estado particular o provincia, que es valioso por el efecto multiplicador de sus facultades como todo lo que hace al desarrollo local y la identidad de una sociedad y que mantiene al Estado central en un rol subsidiario"*. Y sigue *"En la aldea global podemos trasladar esa autonomía institucional pública a la autonomía moral de los entes privados y comprender la globalización con una articulación de autonomías –de las personas, de las asociaciones intermedias y hasta de los Estados mismos─"*[28].

III. Asimetrías e intersecciones en el sistema federal argentino y la Convención Americana de Derechos Humanos

En la propuesta analítica efectuada, optamos como metodología para clarificar las imbricadas cuestiones relacionales entre los sistemas individualizados, la observación de las asimetrías a partir de los incumplimientos de la Convención por parte de los Poderes Públicos Provinciales. Para tal ejercicio, haremos mención de dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que son una clara muestra de esta problemática.

En efecto, en nuestra modesta opinión el más Alto Tribunal argentino ha pronunciado en tiempos recientes al menos dos sentencias paradigmáticas en cuanto apuntan directamente a la responsabilidad del Estado nacional respecto a las personas detenidas en cárceles provinciales y la necesidad de respeto a los estándares mínimos que deben poseer las personas privadas de libertad sin distinción basada en su alojamiento en un penal del sistema federal o local. Sin perjuicio de recomendar la lectura completa de los precedentes, su extensión nos lleva a, en este caso, recurrir a la

[27] Ob.ci.p.628

[28] Frías, Pedro; *"Globalización y Federalismo"*, II° Jornadas Argentinas Chilenas de Derecho Constitucional, Revista "El Tribuno" del Colegio de Abogados del Depto. Judicial Pergamino, 1999, N° 21, p. 13.

síntesis de los principales conceptos vertidos con relación al tema que ahora nos ocupa, no sin antes aclarar que aquél acceso integral a su contenido develará que la Corte se expedido allí sobre otras numerosas cuestiones trascendentes, particularmente de la ejecución penal, sobre las que no ingresaremos en esta ocasión.

III.1. El caso "Verbitsky"[29]

Los antecedentes son reseñados por el entonces Procurador General, Nicolás E. Becerra, quien recuerda que el CELS interpuso acción de habeas corpus (art. 43, C.N.), en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

Ante esa situación, solicitó que el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (en adelante, TCPBA) asumiera su competencia respecto de ese colectivo de personas para que, luego de comprobar la situación, se pronunciara expresamente acerca de la ilegitimidad, constitucional y legal, del encierro de esas personas en las condiciones en las que se hallan, ordenando el cese de esa situación.

La Sala III del Tribunal rechazó el habeas corpus interpuesto con fundamento en que no era competente para entender originariamente en la acción instaurada (cf. arts. 406 y 417 del CPPBA). Agregó que tal acción no autorizaba, en principio, a sustituir a los jueces propios de la causa en decisiones que les incumben, de modo tal que la reparación de las agravaciones en las condiciones de detención denunciadas en la presentación de origen debía encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales, a cuya disposición se hallan los beneficiarios del habeas corpus. Por último, señaló que no correspondía tomar una única decisión que englobase las situaciones plurales indeterminadas con otros posibles objetivos perseguidos aun cuando estén, de manera significativa, referidos a un problema común.

El CELS impugnó la sentencia a través de los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley previstos en los acápites "a" y "b" del art. 161, inciso 3, de la Constitución provincial y en los arts. 491 y 494 del CPP local. Llegada a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (en adelante, SCJBA), por voto de la mayoría de sus miembros, declaró inadmisibles los recursos interpuestos.

---

[29] La referencia completa del fallo es: CSJN, "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", 03/05/2005. Pub. en: "elDial.com", AA29AF.

El 9 de febrero de 2004 el Procurador General dictaminó que estimaba al recurso formalmente admisible ya que el pronunciamiento impugnado proviene del tribunal superior de la causa y rechaza en forma definitiva la acción con el alcance colectivo que la actora pretende con apoyo en normas de carácter constitucional.

c) La resolución de la Corte

Debido a la extensión del fallo, haremos mención solamente a la parte resolutiva con alguna mención a las disidencias:

Sistematizando el voto mayoritario, puede decirse que:

1. El recurso extraordinario resulta formalmente procedente puesto que cumple con todos los requisitos exigidos por la ley 48. La sentencia impugnada fue dictada por la SCJBA, que reviste en el caso el carácter de superior tribunal de la causa. Dicho pronunciamiento es definitivo, pues pone fin a la acción colectiva pretendida por la recurrente en los términos pautados por el art. 43 constitucional. En cualquier caso sería equiparable, pues el gravamen que provoca es de imposible e insuficiente reparación ulterior, denunciándose como vulneradas distintas garantías enmarcadas en el art. 18 de la C.N., como así también en diversos instrumentos internacionales incorporados a ella en virtud del art. 75, inc. 22, que demandan tutela judicial efectiva e inmediata. Asimismo existe cuestión federal suficiente pues se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la C.N., como así también la violación su art. 18 in fine, y a diversas normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte de nuestro bloque constitucional. Al hallarse cuestionadas garantías del derecho internacional, el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional. (ap. V, consid. 13º).

2. Pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (ap. VI, consid. 16º).

No compete a esta Corte evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración provincial, ni poner en discusión su política penitenciaria y, menos aún, su política criminal en la parte en que le compete, como tampoco podría hacerlo ni siquiera respecto del Estado Federal. La valoración de las medidas que el Estado provincial comunica haber adoptado y que fueran expuestas en las audiencias públicas, no son materia que deba evaluar esta Corte en cuanto a su acierto o conveniencia, más allá de considerar que acreditan el esfuerzo del Estado provincial respecto del problema (ap. VII, consid. 25º).

Es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al dialogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires. Por ello, se estima procedente que esta Corte encomiende a la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una Mesa de

Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curiae, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables (ap. VII, consid. 26º).

La República Argentina tuvo un papel protagónico en el establecimiento de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C31-7-57 y complementada en la 2076 del 13 de mayo de 1977. Estas -si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal- se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. No cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires (ap. VIII, consid. 39º).

No escapa a esta Corte que de verificarse algunos de los extremos mencionados por el accionante, sería posible que se configurasen eventuales casos de agravamientos que importarían trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal. En esta eventualidad, es deber de esta Corte, por estar comprometida la responsabilidad internacional del Estado Federal, instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda (ap. VIII, consid. 41º).

Puesto que el federalismo argentino no tiene el mismo origen histórico que el norteamericano, pues procede de un régimen de descentralización administrativa que regía en la colonia, la distribución de competencia legislativa no es idéntica y las provincias delegan en el Estado Federal materias que se reservan en la Constitución de los Estados Unidos. En 1853 y en especial en la fuente norteamericana tomada con preferencia, no se conocían modelos constitucionales de facultades concurrentes en forma de leyes marco, como sucede contemporáneamente (consid. 56º).

La prisión preventiva, cualquiera sea la tesis que se adopte acerca de su naturaleza importa en la realidad un contenido penoso irreparable, lo que lleva a asimilar las controversias a su respecto a casos de sentencia definitiva, según inveterada jurisprudencia de esta Corte. 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 jerarquía.

Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal. Partiendo de la conocida afirmación de Ernst von Beling, de que el derecho penal no toca un solo pelo al delincuente, es sabido que incumbe al derecho procesal penal tocarle toda la cabellera y, por ello, se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva -que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal- las

provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio (consid. 57º).

Cabría analizar la eventual constitucionalidad de la legislación vigente en la Provincia de Buenos Aires en materia excarcelatoria, que prima facie parece alejarse del estándar trazado por el derecho internacional y que sigue la legislación nacional. Si bien no corresponde un pronunciamiento de esta Corte sobre este tema en la presente causa, tampoco el Tribunal puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y, por consiguiente, cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación (consid. 58º).

En esta materia también prima facie la ley provincial parece haberse alejado del estándar internacional y de la legislación nacional, si bien tampoco corresponde pronunciamiento de esta Corte en la presente causa, cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación (consid. 60º).

El ap. XII contiene la parte resolutiva: *"...Por ello, y oído que fuera el señor Procurador General, corresponde:*

1. Declarar admisible la queja y procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.-

2. Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.-

3. Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.-

4. Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.-

5. Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada.-

6. Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.-

7. Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.-

8. Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curie, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados...". Fdo.: Enrique Santiago Petracchi - Carlos S. Fayt (en disidencia parcial)- Antonio Boggiano (en disidencia)- Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni - Elena I. Highton de Nolasco - Ricardo Luis Lorenzetti - Carmen M. Argibay (en disidencia parcial).

En cuanto a las disidencias consideramos que la efectuada por la Dra. **Argibay** aborda en forma puntual el tema que nos ocupa. En su fallo parte coincidiendo con los considerandos 1° a 54 del voto de la mayoría y agrega que 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.

Apunta que la propuesta de utilizar como marco normativo obligatorio el Código Procesal Penal de la Nación importa una severa restricción del principio federal adoptado por nuestro país en el artículo 1° de la Constitución Nacional, pues, fuera del respeto a la Constitución y leyes federales, las provincias no pueden ser obligadas a seguir los criterios legislativos del Congreso Nacional en un tema que no ha sido delegado por las provincias, como lo es, la regulación de la excarcelación y la prisión preventiva. Tanto menos cuando el Congreso al dictar el Código Procesal Penal no lo hizo con la expresa declaración o voluntad de que se utilizase como marco obligatorio para la legislación procesal provincial. En esta medida, considero que tal utilización configura también una desviación del principio democrático, pues se asigna a la voluntad legislativa un efecto y un alcance que no estuvo presente en el proceso deliberativo que precedió a la sanción de la ley y que tampoco es necesario para establecer una recta interpretación de su texto. [30] (el remarcado me pertenece)

[30] Considerando 56.

III.2. El caso "Lavado"[31]

Al referirnos a este precedente, producto de la complejidad del asunto y de la modalidad de tratamiento asumida por el Alto Tribunal, se tomará no una resolución puntual, sino varias sucesivas que permiten vislumbrar el funcionamiento de esta última en concreto y los matices que se van introduciendo a partir de la evolución del primero. Anticipamos como otro perfil relevante del caso su interés para la cuestión atinente a la relación de la Corte con el sistema interamericano tutelar de los derechos humanos.

Manteniendo la premisa expositiva del anterior, recordamos que el caso se trata de una "acción declarativa de certeza" contra el Estado Nacional y la Provincia de Mendoza, para que la Corte: determine que los hechos denunciados afectan la garantía del derecho a la vida y la integridad física de los internos alojados en las tres unidades carcelarias de ese Estado provincial; que el Estado Nacional y la provincia demandada son los sujetos obligados a garantizar la vigencia de esos derechos y a cumplir las recomendaciones y decisiones adoptadas al respecto por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; que el Tribunal fije un plazo máximo para que dichas decisiones sean cumplidas en su totalidad, dada la urgencia y gravedad de los hechos que denuncian, y en mérito a que el daño que se deriva del incumplimiento resulta irreversible y de imposible o tardía reparación ulterior.

El 29 de mayo de 2003 varios internos —que se encontraban bajo el control, custodia y supervisión de la Penitenciaría de la Provincia de Mendoza—, efectuaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Comisión"), que el 3 de agosto de 2004 recomendó al Gobierno Nacional salvaguardar la integridad de los detenidos, proceder a la separación de los procesados y condenados y garantizar medidas de higiene y salud en el lugar.

Los hechos de violencia y muerte dentro del penal continuaron y el 14 de octubre del ese año la Comisión sometió a la consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH), una solicitud de que se dictaran "medidas provisionales" (arts. 63.2 de la Convención respectiva, 25 del Reglamento del Tribunal, y 74 del correspondiente a la Comisión peticionaria), que fueron concedidas por resolución del 22 de noviembre de 2004 y reiteradas el 18 de junio de 2005 ante la verificación de nuevos hechos y violencia (incluyendo dos homicidios), que

[31] La referencia completa del fallo es: CSJN, L. 733. XLII – "Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza", 06/09/2006. Pub. en "elDial.com", AA37A9.

evidenciaban la continuidad de la situación, y que permitían afirmar que el Estado no había dado pleno cumplimiento a su obligación.

b) La primera resolución de la Corte

El 6 de septiembre de 2006, la Corte Suprema, aclarando ante esta situación que lo hacía sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre la competencia (art. 127, C.N.) y aun cuando no existía una petición expresa de que requiriera informes, entendió que la gravedad de la situación y la advertencia de la Corte Interamericana sobre las consecuencias que puede traer aparejadas el desconocimiento del carácter obligatorio de las "medidas provisionales" adoptadas por ella y el consiguiente incumplimiento, imponen la obligación de adoptar medidas conducentes, que, sin menoscabar las atribuciones de otros poderes, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional.

Dijo –ya con su integración actual–, que:

> "Por ello se resuelve: Requerir al Poder Ejecutivo Nacional y a la Provincia de Mendoza, que en el plazo de quince días, informen al Tribunal: a) qué decisiones concretas, y qué actos se han llevado a cabo, con posterioridad al 30 de marzo del corriente año, para impedir y superar la situación de riesgo e inseguridad que padecen los internos de la Penitenciaría Provincial de Mendoza y de la unidad Gustavo André, de Lavalle; b) si se han llevado a cabo las medidas tendientes a separar definitivamente a los "jóvenes-adultos" de los "adultos", y si se ha definido y concretado la separación de quienes están detenidos y procesados, de aquellos detenidos que han sido condenados. Líbrese oficio, que se confeccionará por Secretaría, al Poder Ejecutivo Nacional y al gobernador de la Provincia de Mendoza, en este último caso por intermedio del juez federal. Notifíquese. Fdo.: Enrique Santiago Petracchi - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni – Ricardo L. Lorenzetti – Carmen M. Argibay".

c) La segunda resolución de la Corte

El 13 de febrero de 2007[32], tras recordar que –según se vio–, unos pocos meses antes requirió informes al Estado Nacional y a la Provincia de Mendoza, que fueron presentados por autoridades de los respectivos ejecutivos haciendo saber las observaciones que realizara "la Comisión" al décimo informe presentado por el Estado Nacional, la Corte Suprema entendió que, aún cuando la CIDH todavía no se habría pronunciado sobre aquellas observaciones, esto no impide que adopte en el caso las medidas que considere conducentes.

[32] Publicado en: elDial - AA3B23.

Sostuvo que la gravedad de la reiteración de los hechos denunciados, la ausencia de control y dominio adecuado en la Penitenciaria, exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento en que se expida sobre su competencia para entender en el caso. Le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (Fallos: 328:1146).

Luego de memorar que la CIDH le indicó al Estado Argentino que las razones de derecho interno no podían justificar la falta de adopción de las medidas conducentes para superar la situación existente, como así también que el incumplimiento de una orden dictada por el Tribunal (como son las medidas provisionales dispuestas) podía generar la responsabilidad internacional del Estado, señaló que:

> "Frente a ello, la participación de este Tribunal no puede ser vista más que como la mejor realización del funcionamiento del sistema representativo, republicano y federal que rige a la Nación y al que las autoridades todas se deben someter".

Se agrega en el considerando 5 de la mayoría y, luego, se resuelve, lo siguiente:

> "La Corte, frente a la reiteración de las graves situaciones que se denuncian y que no logran ser modificadas, se ve obligada a insistir en que la previsión contenida en el art. 18 de la C.N. -*"...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas..."*- tiene contenido operativo. Impone al Estado la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena, o una detención preventiva, la adecuada custodia que se manifiesta en el respeto de la vida de los internos, de su salud y de su integridad física y moral.
>
> El Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales y en atención a la falta de resultados obtenidos con relación a la orden dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ve en la ineludible obligación de resolver: "I.- Intimar al Estado Nacional a que en el plazo de veinte días adopte las medidas que pongan fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza; II.- Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o

cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal; III.- Disponer que cada veinte días el Poder Ejecutivo Nacional informe al Tribunal las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos. Notifíquese por cédula que se confeccionará por Secretaría con habilitación de días y horas inhábiles al Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos); y al señor gobernador de la Provincia de Mendoza, en este último caso por intermedio del juez federal... Líbrese oficio a la Suprema Corte de la Provincia a fin de que tome conocimiento de la decisión del día de la fecha... Fdo.: Ricardo L. Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt (según su voto) - Enrique Santiago Petracchi - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni - Carmen M. Argibay".

d) La tercera resolución de la Corte

La última resolución del Superior Tribunal nacional se pronuncia el 20 de marzo de 2007[33], siendo las principales consideraciones de la mayoría:

"...1) Corresponde que el tribunal se pronuncie respecto de su competencia para intervenir en este proceso por vía de la instancia originaria prevista en el art. 117 CN... 4) Que el hecho de haberse dirigido la acción contra el Estado Nacional y la Provincia de Mendoza exige al tribunal, en forma previa e ineludible, determinar si en el caso resulta procedente la acumulación subjetiva que se intenta, ya que sólo si la respuesta es afirmativa la causa corresponderá a la competencia originaria de esta Corte (Fallos 327:694).

5) Que, en el caso, la acumulación de acciones pretendida no puede prosperar, por cuanto el objeto de cada una de las pretensiones corresponde a jurisdicciones diferentes y, por lo tanto, deben ser examinados en procesos distintos y ante los jueces correspondientes (Fallos 327:694).

6) Que ...la prestación del servicio de seguridad y custodia del sistema carcelario de la provincia de Mendoza, cuestión principalmente regida por el Derecho Público local y respecto de la cual, por no haber sido delegada a la Nación, el gobierno provincial conserva el pleno ejercicio de las facultades que se ha reservado, y que, como tales, le resultan propias e indelegables (arts. 121 y ss. CN.)...

8) Que, en el caso, respecto de la primera pretensión aludida, 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 cumplimiento. Al propio tiempo, tal como se señaló, el examen de los hechos denunciados y de las acciones y omisiones imputadas al Estado provincial conducirá, de manera inexorable, al examen de normas de carácter local.

9) Que esa circunstancia conlleva a que la pretensión deba ser examinada en un proceso distinto y ante la jurisdicción provincial.

10) Que esa conclusión tiene respaldo en el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y la decisión de las causas que, en lo sustancial y tal como sucede

[33] Pub. por LexisNexis, ref.: Lexis Nº 35010386, SJA 2/5/07, JA 2007-II-76.

en el caso, versan sobre aspectos propios de su derecho público, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también pueden comprender estos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del art. 14 ley 48 (Fallos 308:2564; 310:295 y 2841; 311:1791; 312:282 y 943; 318:992 y 327:436 y sus citas)...

14) Que... el Poder Ejecutivo Nacional, en la custodia de los intereses del Estado Nacional, deberá actuar por un interés propio respecto de las consecuencias que podría traer aparejado el cumplimiento o incumplimiento de las recomendaciones y decisiones adoptadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a los hechos denunciados. Él es el legitimado pasivo de la pretensión, y no la provincia de Mendoza.

La cuestión ha salido de la órbita interna de la República Argentina, y ello impide que el Estado provincial mencionado sea uno de los titulares de la relación jurídica en que se sustentan las pretensiones ya referidas, con prescindencia de su fundabilidad (arg. Fallos 317:1615; 319:1780 y 1960). Al Estado provincial no se le puede reconocer idoneidad para contradecir la específica materia sobre la que versará el proceso (Fallos 325:380 y sus citas).

15) Que, incluso, el propio tenor de las resoluciones y comunicaciones de los organismos internacionales que intervienen en las denuncias que dan origen a este proceso -acompañadas a estos autos- revelan que la relación jurídica que se invoca, y sobre la base de la cual se persigue que se condene a cumplir las recomendaciones y decisiones adoptadas por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vincula a los actores de manera directa con el Estado Nacional y no con la provincia de Mendoza...

18) Que la ejecución de esos pronunciamientos sólo puede ser perseguida contra el Poder Ejecutivo Nacional, por ser ésa la persona de Derecho Público que ha sido condenada a cumplirlos y sobre la que pesa la carga de adoptar las medidas y decisiones que permitan evitar la responsabilidad internacional que se le atribuye.

19) Que al ser ello así, tampoco se verifica, con relación a las pretensiones examinadas, ninguno de los supuestos de competencia originaria de esta Corte, previstos en el art. 117 CN. Por tal motivo, el Estado Nacional debe ser demandado ante los tribunales federales de grado, en los que encontrará satisfecho su privilegio federal (art. 116 CN.).

20) Que sin perjuicio de todo lo expuesto cabe poner de resalto que, como consecuencia de la decisión de esta Corte del 13/2/2007, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza ha dictado la acordada 20037, del 14/2/2007, por medio de la cual -entre otras disposiciones de su incumbencia- ha solicitado que este tribunal *"emplace al Poder Ejecutivo Nacional, para que proceda a la inmediata y urgente reubicación de los internos federales alojados en la Penitenciaría provincial"*; y esta Corte debe expedirse al respecto dado que a ella se le efectúa el pedido.

21) Que la solicitud no debe ser receptada por la vía pretendida. De conformidad con las previsiones contenidas en la ley 24660, en lo que aquí interesa, la Nación y las provincias podrán concertar acuerdos destinados a recibir o transferir condenados de sus respectivas jurisdicciones, y la transferencia referida será a título oneroso a cargo del Estado peticionante (arts. 212 y ss., ley citada). A dicha normativa adhirió la provincia de Mendoza mediante el dictado de la ley 6513.

De tal manera, mal podría emplazarse al Poder Ejecutivo Nacional a que efectúe la "inmediata y urgente reubicación" antedicha -a petición de uno solo de

los poderes del Estado local- cuando esos alojamientos existen sobre la base de acuerdos suscriptos por los Estados, cuyos legítimos representantes entendieron que la aplicación del sistema resultaba conveniente para asegurar una mejor individualización de la pena y una efectiva integración del sistema penitenciario de la República (art. 212 cit.).

22) Que ante la solicitud que se efectúa, es preciso recordar que quien ejerce el poder de representación de las provincias es su gobernador (Fallos 100:65; 307:2249; 317:534, entre muchos otros), por lo que mal puede la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza adoptar una decisión, fuera del marco de un caso o controversia que le haya sido sometida a su jurisdicción local, y que en los hechos desconozca acuerdos de voluntades que vinculan al Estado Nacional y a la provincia y que se encuentran en plena ejecución.

23) Que la decisión que aquí se toma, en virtud del requerimiento suscripto por los jueces provinciales el 14/2/2007, importa la aplicación del principio de derecho público que surge del art. 128 Ver Texto CN. con arreglo al cual los gobernadores de provincia ostentan dicha atribución en las relaciones de esos Estados con el gobierno federal.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la procuradora fiscal, se resuelve:

I. Declarar que la presente causa no corresponde a la competencia originaria de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese al procurador general.

II. Remitir las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a los fines correspondientes.

III. Remitir copias certificadas del expediente a la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza a fin de que, conforme lo resuelto, decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa con arreglo a las disposiciones locales de aplicación;

IV. Denegar la solicitud efectuada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en el pto. 5 de la acordada 20037 dictada por ese tribunal el 14/2/2007. Notifíquese por cédula que se confeccionará por Secretaría". Firman: Elena I. Highton de Nolasco.- Carlos S. Fayt.- Enrique S. Petracchi.- E. Raúl Zaffaroni. Según sus votos: Ricardo L. Lorenzetti.- Carmen M. Argibay.- Juan C. Maqueda.

En cuanto a los votos individuales, puede señalarse que en el de los Dres. Lorenzetti y Argibay, básicamente, excluyeron los considerandos 22 y 23 de la mayoría. En cuanto al Dr. Maqueda, luego de coincidir con aquella, agregó:

"24) Que lo expuesto no implica desentenderse del rol que ha asumido esta Corte en la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al que el país está vinculado en los términos del art. 75 inc. 22 CN., en la medida de su jurisdicción, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal (Fallos 318:1269 y sus citas)..."

Realiza después, cerrando, un recordatorio de antecedentes del caso, la actuación de la propia Corte Suprema y la que cupo a la Corte Interamericana.

III.3. Consideraciones comunes de los fallos reseñados:

La Corte ha tomado una postura con relación al derecho internacional de los derechos humanos, y ha resaltado estos aspectos como fundamento de sus decisorios comentados. En "Verbitsky", tanto en los considerandos 18º como 41º de la mayoría se menciona el compromiso del Estado argentino frente al orden jurídico internacional, mientras que en los números 48 a 50 formula un amplio desarrollo de las normas internacionales involucradas en la cuestión, resultando claro que cuando en el 58º anticipa su resolución de exhortar a la provincia para adecuar la legislación local a estándares mínimos internacionales, está ordenando su relación interna en modo coherente a su obligación derivada, entre otros, del art. 28 inc. 2º de la CADH. En el mismo fallo, el considerando 8º del voto en disidencia del juez Boggiano en forma expresa recuerda que: *"Las provincias no son ajenas al cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Ello en atención a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional según el cual ella, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales. Por lo demás, con la reforma constitucional de 1994 la supremacía del derecho internacional respecto del derecho interno ha pasado a integrar los principios de derecho público de la Constitución".*

Consideramos muy valiosa la disidencia parcial de la Dra Argibay toda vez que advierte las dificultades en remitir al código de procedimientos penal de la Nación, toda vez que resiente el sistema federal adoptado por la constitución, lo que indudablemente repercute en el sistema de fuentes del derecho constitucional y desarticula el orden jerárquico de las normas. Coincidimos con la magistrada en que corresponde remitir a la constitución y a los instrumentos internacionales teniendo en cuenta el carácter supralegal que poseen estos último, salvo los que poseen jerarquía constitucional que junto con la Constitución Nacional forman el "bloque de constitucionalidad".

En "Lavado", las sucesivas decisiones demuestran, además, cómo va el Alto Tribunal conjugando su compleja concurrencia con las implicancias de los principios federal y de división de poderes. De la primera resolución podemos destacar dos aspectos:

Su actuación *"sin perjuicio de la competencia"*, del que resulta su manifiesto "activismo" desde la perspectiva de la dimensión 5 del modelo explicado "supra", punto 4.1., vale decir, el uso flexible de las reglas procesales para entender en un caso que concita su interés. Puede observarse en el caso concreto la diferencia básica de acción intentada con el anterior, producto justamente de su carácter posterior a la intervención del sistema interamericano.

Merece ser destacada la actuación de la Corte en materia de técnica constitucional; es que en "Verbitsky" receptó el "*hábeas corpus colectivo"*; diseñó una nueva forma de sentencias que son conocidas como *"exhortativas o con aviso"*[34]*;* y finalmente el producto de esta sentencia implica una nueva forma de resolver las cuestiones locales haciendo uso del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia extranjera. Señala Sagüés en este sentido al comentar el caso "será cada vez más difícil resolver problemas locales con el único uso del derecho doméstico".[35]

Otra cuestión que produce asimetrías entre la Nación y las provincias en materia penal específicamente, es la posible violación al principio de igualdad (art. 16 C.N.), entendida como el igual trato ante las mismas circunstancias por los tribunales de cada provincia. Esto puede verificarse ya sea en materia netamente procesal, como lo concerniente al instituto de la excarcelación, o respecto de cuestiones vinculadas a la concreción del poder punitivo cuya naturaleza se discute arduamente si es sustancial o procesal, como los criterios de disponibilidad de la acción penal, donde confronta el principio de oficialidad establecido en el art. 71 CP, por un lado, y la incorporación de criterios de oportunidad incorporados en los códigos de procedimientos de cada provincia, por el otro. A título de ejemplo, en la provincia de Buenos Aires se establecen una suerte de criterios de oportunidad por vía de los archivos especiales establecidos en el art. 56 bis del ritual, que le permite al Ministerio Público Fiscal una cierta disposición de la acción penal reglada.

---

[34] Señala Sagües que el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Señala que la fundamentación teórica es que con esa actitud la magistratura constitucional respecto el principio de la división de poderes, y a menudo da pautas sobre el contenido del nuevo precepto normativo, con lo cual se economizan posibles declaraciones de inconstitucionalidad, si esas guías son satisfechas. Finalmente el autor las clasifica en: sentencias exhortativas de "delegación"; de "inconstitucionalidad simple" y "por constitucionalidad precaria", en marcando en esta última al fallo en estudio. (conf. Néstor Sagüés; *"Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos"*, Ad-Hoc, 2006, p.77/78)

[35] Sagüés Néstor P.; *"Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos"*, Ad-Hoc, 2006, p.81.

La problemática posee variadas aristas y ha generado polémica doctrinaria por décadas. Es claro entonces que no aparece en forma unívoca la solución que equilibre o armonice la facultad no delegada de las provincias de dictar sus propios códigos de procedimientos con la sí entregada a la nación para que, a través del Congreso, dicte los de fondo (art. 75 inc. 12 CN) porque en estos se presenta en ocasiones como inevitable el abordar cuestiones donde la naturaleza no es clara o, a veces, siendo predominantemente adjetiva, justamente se adoptaron previsiones tendientes a concretar la vigencia del principio de igualdad. En tren de ejemplificar la profundidad del problema, para el caso hipotético de que se lograse unificar criterios normativos en materia excarcelatoria, procurando tornar realidad la idea de evitar que un ciudadano en una provincia trascurra el proceso privado de su libertad en detención preventiva mientras que otro ciudadano en otra provincia lo haga en libertad, tratándose en ambos del mismo delito, no puede soslayarse que ello igualmente podría tornar ilusorio sobre la base de la interpretación que los tribunales locales hicieran de los alcances del tipo penal a aplicar.

Por otra parte, observamos que para el caso de incumplimiento de una provincia con los estándares que impone el sistema internacional, es el Estado Nacional responde como sujeto de derecho internacional por los actos u omisiones que ésta realice, siendo un claro ejemplo el de la provincia de Mendoza respecto a su sistema carcelario (caso “Lavado”).

Como se podrá observar el problema posee una cierta circularidad. Si so pretexto de demandas “supra” nacionales unificamos toda la legislación, el federalismo desaparece; si cada provincia mantiene su legislación, el Estado nacional debe responder ante violaciones a los derechos fundamentales cometidas por las provincias invocando razones de autonomía local. Ambos extremos lucen intolerables. Una posible solución es la que viene ensayándose conforme se ha expuesto, vale decir, esperar al planteo judicial y unificar a partir de la actividad que desarrolle la Corte Suprema de Justicia como último intérprete de la Constitución a partir del recurso extraordinario.

IV.Consideraciones finales:

Coincidimos con la preocupación apuntada por Ariel Dulitzky al referir que *“no es posible considerar dentro de la estructura lógica de los derechos humanos,*

que los habitantes de los países federales gocen de menor protección que aquellos que residen en un estado con una diferente estructura"[36].

Reflexiona acerca de esta dicotomía Vanossi: *"Fuera del campo puramente teórico, la bandera del federalismo es levantada como estandarte de los más contrapuestos intereses; bien sea como garantía de la libertad; al acentuar la división d poderes con un sentido territorial; o bien como amparo a irreductibles situaciones locales que pretenden mantenerse ajenas al proceso político-económico que se desarrolla en la órbita nacional. En una palabra: la dicotomía puede balancearse desde el ángulo de un federalismo, respetuoso del particularismo; al de otro federalismo, que sirve de amparo feudal".*[37]

A partir de la reforma constitucional de 1994, se produce una nueva forma de federalismo que es el de ***concertación;*** dentro del marco internacional, a partir de la jerarquía constitucional que tienen ciertos instrumentos internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 C.N.), presenta nuevas aristas desde el concepto de Supremacía y su relación con el Estado Federal, en especial dentro del marco de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de los fallos "Verbitsky" y "Lavado" ha resuelto esta tensión en forma novedosa a partir de utilizar sentencias exhortativas, lo que demuestra un activismo judicial en pos de la vigencia en todo el territorio de la Nación de las garantías mínimas que poseen específicamente las personas privadas de su libertad.

Coincidimos con Abramovich en que el Estado nacional tiene una obligación de garantía respecto a la actuación de las provincias la cual aún no ha sido definida de manera clara, pero que pone al Estado en una posición de fiador final ante los organismos internacionales, pero no como un garante pasivo sino que obliga a las autoridades federales a tomar medidas efectivas para que las provincias cumplan con las obligaciones internacionales.[38]

Concluía Pedro Frías, en su trabajo ya referenciado de análisis del juego de lo global y lo federal, que *"En el diálogo multiplicado hay que evitar situaciones de suma-cero en las que lo que uno gana el otro pierde; legitimar los protagonismos; no*

---

[36] Dulitzky, ob. cit., p. 159.
[37] Ob.cit, p.4.
[38] Ob.cit.; p.IX.

diluir las responsabilidades evitando los vacíos y las superposiciones y ... como siempre, dar a cada uno los suyo"[39].

Como corolario de lo expuesto, consideramos que desde esta nueva perspectiva, produce un nuevo impacto en la visión tradicional del federalismo en nuestro país el que deberá necesariamente reformularse a los fines de evitar responsabilidad internacional del Estado nacional por acciones u omisiones de las provincias, y que la Corte Suprema de la Nación está dando respuestas en algunos casos zigzagueantes en el sentido referido.[40]

Artigo aprovado em 27/11/2015 : Recebido em 17/10/2015

[39] Frías, ya citado, p. 13.

[40] Si bien no es tema en análisis resulta preocupante por lo contradictorio acerca del instituto de la prescripción lo resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa **"Derecho"(** sentencia del 11 de julio de 2007) y en la causa "**Espósito**" (sentencia del 23 de diciembre del 2004), que tienen como correlato los casos presentados ante la CIDH "Bulacio" y "Buenos Alves".