

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (PARTICULARMENTE ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES) EN EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y CIERTOS DESAFÍOS QUE A SU RESPECTO AFRONTA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

VÍCTOR BAZÁN*

SUMARIO

1. PRELIMINAR.—2. LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y ALGUNOS RELEVANTES DESAFÍOS QUE A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PROPONE EL

* Profesor Titular de las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Investigador Máxima Categoría de dicha Universidad. Autor, coautor y/o coordinador de alrededor de 70 libros y 200 artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, publicados en Argentina y el extranjero. Profesor Invitado de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor en diversas Maestrías y otros programas de Posgrado en Universidades argentinas y extranjeras. Investigador Visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Grupo de Expertos Latinoamericanos en «Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales», del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Miembro Individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, con sede en París. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, en el que forma parte de su Junta Directiva. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en la que ha desempeñado diversos cargos directivos. Ha realizado numerosas actividades académicas, dictado cursos y conferencias e intervenido como Profesor Visitante en Universidades, Centros de Estudio y organismos públicos de Argentina, España, Francia, Grecia, Italia, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, EE.UU., Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela.

REMOZADO ESCENARIO JURÍDICO.—3. OTROS PRINCIPIOS Y DISPOSICIONES QUE CARACTERIZAN EL PAISAJE CONSTITUCIONAL EN EL QUE DEBEN OPERAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: A) Preámbulo. B) Modelo de Estado y principios, valores, fines y funciones esenciales de éste. C) Derechos sociales y económicos. D) Culturas y derechos culturales.—4. ALGUNAS CUESTIONES DE INTERÉS Y ACTUALIDAD EN TORNO A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: A) Liminar. B) Hacia la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC. C) Obligación de progresividad y prohibición de regresividad. D) La interrelación del derecho interno y el derecho internacional. Breve referencia al control de convencionalidad. E) Sumaria alusión al criterio interpretativo *pro persona*. F) Vigencia de los derechos fundamentales en caso de declaración de estado de excepción. G) Vías de acceso al sistema interamericano por vulneración de los DESC.—5. EPÍLOGO.

RESUMEN

La Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional boliviano ha generado una profunda modificación del escenario jurídico de ese país —al menos desde el plano normativo—, con frondosos y demandantes principios, valores y reglas en materia de derechos fundamentales, además de haber introducido elementos sustanciales (y no menos indeterminados y de alcances semánticos móviles) que tipifican el modelo de Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, tales como la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico y la interculturalidad (sin olvidar la intraculturalidad).

Semejante paisaje normativo propone un cúmulo de desafíos al Tribunal Constitucional Plurinacional como órgano de cierre de la justicia constitucional, intérprete supremo de la Constitución y de los derechos y deberes constitucionales de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, e instancia de resolución de los conflictos competenciales, v.gr., entre la justicia indígena originaria campesina y la justicia ordinaria, cuestión esta última de máximas sensibilidad y complejidad.

Ello, sin dejar de lado la vital misión que le aguarda para aportar dinámica y comprometidamente en la dura tarea de convertir la letra constitucional en realidad tangible, principalmente, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, que están inescindiblemente asociados a la dignidad de la persona.

Palabras clave: Nueva Constitución Política del Estado boliviano; Derechos fundamentales; Derechos económicos, sociales y culturales; Justicia constitucional; Tribunal Constitucional Plurinacional; control de convencionalidad.

ABSTRACT

The Constitution of the 'Plurinational' State of Bolivia has created a profound change in the legal framework in that country, at least from the normative level, by means of lush and demanding principles, values and rules on fundamental rights. It has also introduced substantial elements (with no less uncertain semantic profiles) that typify the Social Unitary Plurinational Community State of Law model, such as 'plurinationality', legal pluralism and multiculturalism (not to mention the intraculturality).

Such regulatory landscape offers a host of challenges to the 'Plurinational' Constitutional Court as a body of closure of constitutional justice, supreme interpreter of the

Constitution and the constitutional rights and duties under international instruments on human rights, and instance of conflicts of jurisdiction resolution, e.g., between peasant original indigenous justice and ordinary justice, the latter of maximum sensitivity and complexity.

This, without neglecting the vital mission that awaits the 'Plurinational' Constitutional Court to provide a dynamic and committed contribution in the hard task of turning the text of the Constitution into tangible reality, mainly in the field of economic, social and cultural rights that are inseparably related to human dignity.

Key words: New Constitution of the 'Plurinational' State of Bolivia; Fundamental Rights; Economic, social and cultural rights; Constitutional Justice; 'Plurinational' Constitutional Court; control of conventionality.

1. PRELIMINAR

En este ensayo nos proponemos abordar, esencialmente, tres eslabones temáticos:

Primeramente, un espacio introductorio, en el que se realizará una somera aproximación al proceso que diera vida a la Nueva Constitución Política del Estado boliviano (NCPE) y se relevarán ciertas particularidades que ésta presenta en materia de derechos fundamentales, con implicaciones en el ámbito de los derechos sociales y económicos y de los derechos culturales, todos los que —por razones de brevedad— agruparemos bajo la denominación genérica de derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Enunciaremos además, algunos de los importantes retos que surgen del nuevo paisaje jurídico.

Por su parte, en el segundo tramo del trayecto propuesto nos ocuparemos brevemente de otros principios y reglas que coadyuvan a tipificar el marco jurídico y político en el que deben operar los DESC como derechos fundamentales, enunciando además determinados desafíos que aguardan al Tribunal Constitucional Plurinacional, cuyos integrantes fueron posesionados el 3 de enero de 2012.

En tercer término, y tomando como materia prima las premisas normativas y los lineamientos contextuales descritos en el tándem de apartados anteriores, daremos algunos pasos argumentales en dirección a la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC, la obligación estatal de proceder a garantizarlos progresivamente y sin retrogradar los avances obtenidos en ese campo, la compleja temática de la interrelación del derecho interno y el derecho internacional (sin omitir una reflexión acerca del control de convencionalidad), el relevante criterio interpretativo *pro persona*, la vigencia de los derechos fundamentales en casos de declaración de estado de excepción, y las rutas de ingreso al sistema interamericano por vulneración de los DESC.

En este tercer segmento del trabajo no estarán ausentes diversas alusiones a la NCPE, a la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP), a la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al reservorio de observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité de DESC) de la Organización de Naciones Unidas (ONU) ni a otros instrumentos de naturaleza y valor de *soft law*¹ en materia de derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, el epílogo vendrá de la mano de ciertas apreciaciones de conjunto que se unirán a algunas valoraciones conclusivas anticipadas en el nudo del trabajo.

2. LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y ALGUNOS RELEVANTES DESAFÍOS QUE A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PROPONE EL REMOZADO ESCENARIO JURÍDICO

El proceso constituyente que condujera al referéndum constitucional llevado a cabo el 25 de enero de 2009, aprobatorio de la NCPE², y que generó la abrogación de la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas posteriores, ha sido bastante singular, efervescente, con marchas y contramarchas³ y hasta con ribetes trágicos con la pérdida de vidas humanas⁴.

¹ Ilustrativamente, vemos que O'DONNELL divide a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en tres categorías: la *primera*, las dos grandes declaraciones de 1948; la *segunda*, los grandes tratados universales y regionales en la materia; y la *tercera*, los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana (Daniel O'DONNELL, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2ª ed., Santiago de Chile, 2007, pp. 55/56).

En esta tercera categoría distingue numerosas subcategorías, identificando como las más relevantes a la subcategoría de tratados, por una parte, y a la subcategoría que agrupa los demás instrumentos que carecen de carácter contractual. Añade que estos últimos, que son numerosos, se conocen bajo diferentes denominaciones, entre ellas, «declaración, principios básicos, reglas mínimas, reglas, principios, directrices» –énfasis agregado– (*ibíd.*, p. 56).

² Promulgada el 7 de febrero de 2009.

³ Al respecto, según una visión de dicho proceso y de la labor de la Asamblea Constituyente, se ha puntualizado: «La comparación entre todos los artículos en el trabajo de las 21 comisiones muestra claramente cómo el texto constitucional estuvo siempre aprisionado en una madeja caracterizada por la ambigüedad, el desconocimiento de la teoría constitucional, el desprecio por todo lo que significaron las reformas estatales en los últimos 25 años y la repeti-

A través de dicho proceso se fue moldeando el texto hoy vigente, con inicio en la primera Asamblea Constituyente instalada el 6 de agosto del 2006. Así, y con fuertes pujas e incontables negociaciones políticas, fueron deparándose diversas versiones del documento constitucional plasmadas sucesivamente en Chuquisaca, Oruro, Cochabamba, hasta llegar a la revisión por el Congreso de la República.

Tanto la versión de Chuquisaca como la de Oruro prefiguraban la existencia de «derechos fundamentalísimos», alineados en el continuo de artículos trazado entre los N^{os}. 15 a 20. Sin embargo, aquella adjetivación de «fundamentalísimos» se evaporó en las etapas desarrolladas en Cochabamba y en el Congreso Nacional⁵.

En el esquema vigente, dentro de la Primera Parte de la Constitución, el Título II se rotula «Derechos fundamentales y garantías» (antes se llamaba «Derechos fundamentalísimos, derechos fundamentales y garantías»), cuyo Capítulo Segundo se denomina «Derechos fundamentales» (mismo que anteriormente se identificaba como «Derechos fundamentalísimos»).

ción infructuosa de un discurso por cambiarlo todo, como en el caso del MAS, o por preservarlo todo de una manera repetitiva, como en el caso de PODEMOS, encerrando a la Asamblea en una caja de resonancia donde cada quien buscaba escuchar lo que más convenía a sus intereses» (Franco GAMBOA ROCABADO, «La Asamblea Constituyente en Bolivia. Evaluación de su funcionamiento, contradicciones y consecuencias», en AA.VV., *Reflexión Crítica a la Nueva Constitución Política del Estado*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Bolivia, La Paz, 2009, p. 41).

⁴ Basta evocar los graves disturbios producidos en Sucre durante la aprobación de la nueva Constitución en el primer debate, hacia finales de noviembre de 2007.

⁵ El Prof. Farit Rojas Tudela, en una opinión que amablemente nos hiciera llegar, manifiesta: «La Constitución de Bolivia se elaboró en diferentes etapas. La primera versión fue aprobada en Chuquisaca y una segunda versión en Oruro. Luego se llevó a cabo un diálogo en Cochabamba y finalmente una revisión en el Congreso. En este sentido, se puede decir que existen dos versiones previas de la Constitución (la de Chuquisaca y la de Oruro). Estas versiones establecían que los derechos establecidos entre los artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 20 se denominarían 'Derechos fundamentalísimos', tratando de recoger la idea de un conjunto de derechos relacionados a la vida y la dignidad del ser humano, haciendo referencia a la vez a la noción de bienes primarios establecida por John Rawls, mientras otras argumentaciones se referían a la teoría de la jerarquía de necesidades elaborada por Maslow y por Max Neff; asimismo, se mencionó en su momento a Amartya Sen y Martha Nussbaum, que siguiendo a Rawls diferencian entre derechos que establecen esta jerarquía de bienes primarios.

«El artículo 196 parágrafo II de la Constitución de Bolivia establece como un criterio preferente de interpretación de la CPE la establecida por los constituyentes en sus actas y archivos, en consecuencia quedaría pendiente este tema de los derechos fundamentalísimos, pues si bien se eliminó esta diferencia en las negociaciones de Cochabamba y también en el Congreso de la República, sólo se cambió el nombre de fundamentalísimos a fundamentales, quedando doblemente fundamentales, si prestamos atención al nombre del Título II y al nombre del Capítulo Segundo del referido título. Algunos juristas como Albert Noguera señalan que esta diferenciación supondría un criterio de interpretación por parte del Tribunal Constitucional».

Dentro del marco de ese capítulo se incluyen, entre otros, diversos derechos que podrían perfilarse como económicos, sociales y culturales o con implicaciones socioeconómicas y culturales, y que no sería irrazonable reputar como «fundamentales por partida doble», ya que —como vimos— esta categorización da nombre al Título II que contiene una variada gama de derechos y garantías, pero a su vez dentro de ella se dedica un capítulo específico a los «derechos fundamentales», con lo cual, por esa vía, los comprendidos en éste tendrían una dosis duplicada de fundamentalidad.

Entre ellos podemos mencionar a los siguientes:

- el derecho al agua y a la alimentación, con la consecuente obligación del Estado de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población (art. 16);
- el derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación (art. 17);
- el derecho de todas las personas a la salud (art. 18);
- el derecho a un hábitat y vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria (art. 19); y
- el derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones (art. 20).

La metamorfosis que sufriera el texto constitucional hasta llegar a su modelo actual no ha sido precisamente inocua. Por el contrario, ha legado algunas repeticiones, incoherencias, etc.

En esa línea, y por citar sólo algunas muestras, nos ceñiremos a dos puntos:

- Si bien desapareció la adjetivación de «fundamentalísimos» tanto en el Título II como en el Capítulo Segundo de la Parte Primera, aflora tal categorización solitariamente en el art. 373.I, cuando se especifica que «el agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida» —bastardillas añadidas—. No queda claro si fue un descuido o se mantuvo así *ex professo*. Sea como fuera, tal calificación luce inarmónica respecto de la línea establecida en aquellos segmentos del texto que no contemplan tal denominación de «fundamentalísimos» y que por alguna razón fue eliminada del mismo; y
- también se vislumbra alguna falta de consistencia lógica entre los arts. 37 y 77.I, que respectivamente, determinan que el derecho a la salud «se constituye en una función suprema y primera responsabilidad financiera» y que «la educación constituye una función suprema

y primera responsabilidad financiera» —énfasis agregado—. Es decir, encontramos dos derechos: salud y educación, que coetáneamente son funciones supremas y ambas serían primeras responsabilidades financieras.

Fuera y más allá de ciertos puntos oscuros, inconsistencias y reiteraciones del texto constitucional, en adelante la tarea de los órganos⁶ e instituciones (y también en algunos casos los particulares⁷) deberá orientarse —entre muchas otras cuestiones— a:

a) Cumplir y hacer cumplir la Constitución.

b) Procurar enfrentar acertadamente los fuertes y relevantes desafíos que impone el funcionamiento del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, modelo diseñado normativamente por la Ley Fundamental.

c) Hacer efectivo el concepto de la plurinacionalidad, que recorre transversalmente a todas las instituciones jurídicas, y que es definido en la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional⁸ —LTCP—, dentro del segmento de «Principios de la justicia constitucional», como «la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas y bolivianas y bolivianos que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano» (art. 3.1).

d) Respetar la no menos demandante exigencia del pluralismo jurídico, que deberá comenzar por la difícil tarea de descifrar a qué se alude cuando se utiliza tal expresión. Ello, sin perjuicio de los trazos conceptuales de la LTCP en su art. 3.2, que lo describe un tanto genéricamente como «la coexistencia de varios sistemas jurídicos en el marco del Estado Plurinacional».

Vale la pena detenerse un instante en este tema, que consideramos de vital importancia. Al respecto, Rodríguez Veltzé señala que «por la novedad y la complejidad que conlleva asimilar el concepto del pluralismo jurídico, será necesario apoyar la comprensión del replanteamiento de los

⁶ Nótese que tal terminología (órganos) reemplaza a la de los llamados Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a los que en la NCPE se añade el Órgano Electoral.

Según una visión sobre el tema, «se ha evitado la palabra poder porque parecería que el poder político es como una mala palabra» (Enrique DUSSEL, «La política de la liberación», AA.VV., *Pensando el mundo desde Bolivia. I Ciclo de seminarios internacionales*, Vicepresidencia del Estado - Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, La Paz, 2010, p. 245).

⁷ No es un dato menor que el art. 108, NCPE, estipule como deberes de las bolivianas y los bolivianos: «1. Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes; 2. Conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución; 3. Promover y difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución (...)».

⁸ Cabe recordar que la LTCP lleva el N° 027 y fue promulgada por el Presidente Evo Morales Ayma en fecha 6 de julio de 2010.

nuevos paradigmas del sistema jurídico: el 'pluralismo jurídico', que importa el reconocimiento de derechos diversos, específicamente de aquellos pueblos indígenas, originario campesinos que lo preservan. El sistema jurídico vigente, tradicional o formal, tendrá que ser capaz de responder mejor a viejos y nuevos desafíos que se le presentarán al frente, con una perspectiva renovada. La tradición jurídica monista y positivista puede ser reacia a admitir con facilidad un orden que no tenga los mismos orígenes tradicionales»⁹.

Luego advierte el autor citado que la NCPE «reconoce el pluralismo y la diversidad, pero debe transitarse del reconocimiento meramente literal o teórico a una valoración sobre el funcionamiento de cada uno de los sistemas de justicia. Será necesario establecer si todos son adecuados y sustentables para cada grupo social, si son eficientes para resolver sus conflictos pacíficamente, observando garantías y derechos universales»¹⁰. Añade que «también será útil indagar en qué medida muchas comunidades conviven con sistemas propios y formales o, en su caso, si procedieron a refuncionalizar elementos del derecho estatal, reinterpretando, apropiando su propia lógica y funcionalidad (ej.: los famosos 'apoderados', las 'actas' rituales procesales, etc.). Esto refleja pluralismo o interlegalidad. Vale la pena también preguntarse cómo se entienden las garantías del debido proceso en las comunidades, si existe la 'cosa juzgada' y cómo se aplica»¹¹.

e) Llevar a la práctica las cuantitativa y cualitativamente nutridas y exigentes pautas que la NCPE contiene en el área de los derechos fundamentales.

f) En línea convergente, serán determinantes las decisiones que adopte el Tribunal Constitucional Plurinacional que recepta competencias clave en materia de control de constitucionalidad y protección de los derechos y garantías constitucionales (art. 196.I de la NCPE), y como intérprete supremo de la Constitución (art. 4.III de la LTCP¹²) y de los derechos y deberes constitucionales de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos. A lo que debe añadirse, entre otras funciones, la de revisión de las acciones de Libertad (antes habeas corpus), de Amparo

⁹ Eduardo RODRÍGUEZ VELTZÉ, «El Órgano Judicial en la Nueva Constitución», AA.VV., *Reflexión Crítica a la Nueva Constitución Política del Estado*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Bolivia, La Paz, 2009, p. 245.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ *Ídem*.

¹² No puede omitirse indicar que aunque tal norma destaque la labor del Tribunal Constitucional Plurinacional como guardián de la Constitución Política del Estado y en tanto tal, intérprete supremo de la Ley Fundamental, ello debe entenderse «sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular» (art. 4.III, LTCP).

Constitucional, de Protección de Privacidad (ex hábeas data¹³), Popular y de Cumplimiento (art. 202.6 de la NCPE).

Paralelamente, no menos complejo y vital será el desarrollo de su faena como órgano de resolución de los conflictos competenciales entre: *i*) los órganos del poder Público; *ii*) el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas; y *iii*) la justicia indígena originaria campesina y la justicia ordinaria y agroambiental¹⁴, cuestión esta última de máxima sensibilidad (art. 202, respectivamente incs. 2, 3 y 11 de la NCPE).

Entre muchas otras cuestiones, deberá ocuparse de brindar coherente interpretación y aplicación a la Ley N° 073 (promulgada el 29 de diciembre de 2010), denominada «Ley de Deslinde Jurisdiccional» que, de acuerdo con su art. 1, «tiene por objeto regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico» «énfasis agregado». Además, el art. 2.1 deja en claro que la ley se fundamenta en la NCPE, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, 27 de junio de 1989), la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y demás instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables.

Algunos de los principios centrales que establece la Ley N° 073 (art. 4), en relación con el tópico que abordamos, son los siguientes: *i*) la relación espiritual entre las naciones y pueblos indígena originario campesinos y la Madre Tierra; *ii*) la diversidad cultural, como constitutiva de la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario; *iii*) la interpretación intercultural; y *iv*) el pluralismo jurídico con igualdad jerárquica.

3. OTROS PRINCIPIOS Y DISPOSICIONES QUE CARACTERIZAN EL PAISAJE CONSTITUCIONAL EN EL QUE DEBEN OPERAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Paralelamente a los principios y reglas enunciados en el apartado anterior, para iluminar el examen de los derechos económicos, sociales y

¹³ Es posible compulsar algunas reflexiones sobre el hábeas data en el anterior escenario constitucional de Bolivia, en Víctor BAZÁN, «El hábeas data en la reforma constitucional boliviana», AA.VV., *Análisis de la reforma a la Constitución Boliviana*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2002, pp. 59/107.

¹⁴ En esta última materia, el Tribunal Agroambiental (anteriormente Tribunal Agrario) recepta, esencialmente, competencia para resolver en temas de tierras y recursos naturales.

culturales (DESC), es además preciso tener en cuenta otros postulados de relevancia jurídica y axiológica que surgen de la NCPE y de la LTCP.

A) Preámbulo

Corresponde partir del propio Preámbulo, en cuyo párrafo tercero se lee: «Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos».

Tal segmento de la parte preambular deja al descubierto mucho más que palabras. Se trata de un firme compromiso jurídico y axiológico por satisfacer las coordenadas básicas de sustentación de un mínimo de vida digna: acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

B) Modelo de Estado y principios, valores, fines y funciones esenciales de éste

En estrecha conexión con lo anterior, en el marco de la articulación del modelo de Estado, el citado art. 1 de la NCPE se presenta como una premisa fundamental al determinar que Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario.

No menos significativa, ya en el contexto de los principios y valores del Estado, es el art. 8.II que determina que aquél «se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien».

Convergentemente, al delinear los fines y funciones esenciales del Estado, el art. 9 de la NCPE en sus numerales 1 y 5 —entre otros—, proclama respectivamente los de «constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales» y de «garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo».

C) Derechos sociales y económicos

a) Siempre en la Primera Parte y específicamente dentro del nombrado Título II («Derechos fundamentales y garantías»), en el Capítulo Quinto: «Derechos sociales y económicos», se suceden numerosas secciones relativas a tales derechos: al medio ambiente (arts. 33 y 34); a la salud y a la seguridad social (arts. 35 a 45); al trabajo y al empleo (arts. 46 a 55); a la propiedad (arts. 56 y 57); de la niñez, la adolescencia y la juventud (arts. 58 a 61); de las familias (arts. 62 a 66); de las personas adultas mayores (arts. 67 a 69); de las personas con discapacidad (arts. 70 a 72); de las personas privadas de libertad (arts. 73 y 74), y de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores (arts. 75 y 76).

b) La importancia de éstos, otros DESC y demás derechos con implicaciones socioeconómicas, no ha pasado inadvertida para el Comité de DESC de la ONU. Dicho Comité es el órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), al que Bolivia adhirió el 12 de agosto de 1982. El Pacto no instituyó un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados Partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por aquéllos, el ECOSOC procedió a crear el Comité por medio de la Resolución N° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985. Para captar la trascendencia del paso que al efecto se dio, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación del nombrado Comité¹⁵, lo que —según adelantábamos— ocurrió en 1985, aunque sólo se reunió por primera vez en 1987.

De un telegráfico repaso, surge que la nómina de procedimientos o vías de supervisión de los DESC que involucra al Comité y al ECOSOC (aquél como órgano subsidiario de éste), se destacan: *i*) la presentación de «informes periódicos» por los Estados, que generan las «observaciones finales» del Comité a tales informes estatales y los procedimientos relativos a las medidas de seguimiento de éstos; y *ii*) las «observaciones generales» del Comité.

Precisamente las «observaciones generales», que aquí concitarán nuestra atención, se enmarcan en el ámbito del poder de recomendación general del Comité, constituyen un medio decisivo para la generación de un

¹⁵ Matthew CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998, p. 352.

acervo de precedentes y brindan a los miembros de tal órgano un método para llegar a un acuerdo consensuado acerca de la interpretación de las normas del PIDESC. Paralelamente, resultan relevantes como pautas a tomar en cuenta en las tareas hermenéuticas y aplicativas de las normas de aquél en el orden interno por parte de los órganos competentes, en razón de que provienen del ente internacional que, mediante tales observaciones generales, plasma una interpretación autorizada del Pacto¹⁶.

Debe acotarse que uno de los puntos débiles del sistema de protección de DESC en el plano universal radicaba en la imposibilidad de presentar denuncias individuales al Comité. Ello ha tenido comienzo de solución con la adopción el 10 de diciembre de 2008 en Nueva York del Protocolo Adicional al PIDESC, durante la 63ª reunión de la Asamblea General de la ONU¹⁷. El Protocolo fue firmado por 35 Estados (entre ellos Bolivia, en fecha 12 de febrero de 2010), aunque sólo los siguientes lo han ratificado: Ecuador, Mongolia, España, Argentina, El Salvador, Bolivia, Bosnia & Herzegovina y Eslovaquia, con lo cual, aún¹⁸ no se encuentra en vigor. Entrará en vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la ONU.

Retomando el núcleo de la cuestión que pretendemos desarrollar aquí, tal como anticipábamos, el Comité también se ha ocupado de tratar varios de aquellos derechos (DESC o con connotaciones sociales y económicas), que se despliegan generosamente en el texto de la NCPE, por medio de las «observaciones generales» que elabora. Así, se aprecia por ejemplo el tratamiento de las siguientes cuestiones, que agruparemos por conexión temática y no en orden cronológico:

- Observación General (O.G.) Nº 14, sobre «El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud»¹⁹ (art. 12 del PIDESC), aprobada durante el 22º período de sesiones del Comité (2000)²⁰; O.G. Nº 5,

¹⁶ Cabe tener presente que, por ejemplo, no están ausentes en la jurisprudencia de la Corte IDH alusiones a las observaciones generales del Comité de DESC de la ONU.

¹⁷ Ello, por medio de la Resolución A/RES/63/117.

¹⁸ A la fecha de actualización del presente trabajo: primer trimestre de 2012.

¹⁹ Figura en el documento E/C.12/2000/4.

²⁰ En el párrafo 1, dicha O.G. establece: «La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley».

- sobre «Las personas con discapacidad»²¹, aprobada durante el 11º período de sesiones (1994)²²;
- O.G. N° 15, sobre «El derecho al agua»²³ (arts. 11 y 12 del PIDESC), aprobada durante el 29º período de sesiones (2002)²⁴; O.G. N° 12, sobre «El derecho a una alimentación adecuada»²⁵ (art. 11 del PIDESC), aprobada durante el 20º período de sesiones (1999)²⁶;
 - O.G. N° 4, sobre «El derecho a una vivienda adecuada»²⁷ (párrafo 1 del art. 11 del PIDESC), aprobada durante el Sexto período de sesiones (1991)²⁸; O.G. N° 7, sobre «El derecho a una vivienda ade-

²¹ Figura en el documento E/1995/22.

²² En el párrafo 6 se resalta la gran importancia de la cuestión de la «discapacidad», al sostener que el hecho de que en el PIDESC «no haya una disposición explícita que trate de la discapacidad se puede atribuir al desconocimiento de la importancia que tiene el ocuparse explícitamente de esta cuestión, en vez de hacerlo por inferencia, cuando se redactó el Pacto hace más de 25 años. Los instrumentos internacionales de derechos humanos más recientes, en cambio, tratan específicamente de esta cuestión. Entre estos últimos instrumentos figura la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23); la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (párrafo 4 del artículo 18); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 18). O sea que en la actualidad está ampliamente aceptado que los derechos humanos de las personas con discapacidad tienen que ser protegidos y promovidos mediante programas, normas y leyes generales, así como programas, normas y leyes de finalidad especial».

²³ Figura en el documento E/C.12/2002/11.

²⁴ En el párrafo 1, expresa: «El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. El Comité ha constatado constantemente una denegación muy generalizada del derecho al agua, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados. (...)».

²⁵ Figura en el documento E/C.12/1999/5.

²⁶ Su párrafo 1 manifiesta: «El derecho a una alimentación adecuada está reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales trata el derecho a una alimentación adecuada más extensamente que cualquier otro instrumento internacional. (...) El derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. Ese derecho se aplica a todas las personas; (...)».

²⁷ Figura en el documento E/1992/23.

²⁸ En su párrafo 1 puntualiza que «...el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales». En el párrafo 4º añade: «A pesar de que la comunidad internacional ha reafirmado con frecuencia la importancia del pleno respeto del derecho a una vivienda adecuada, sigue existiendo un abismo preocupante entre las normas fijadas en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto y la situación reinante en muchas regiones del mundo. Aunque esos problemas suelen ser especialmente graves en algunos países en desarrollo que enfrentan limitaciones graves de recursos y de otra índole, el Comité observa que existen también considerables problemas de falta de vivienda y de viviendas inadecuadas en algunas de las sociedades más desarrolladas económicamente. (...)».

- cuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos»²⁹, aprobada durante el 16º período de sesiones (1997)³⁰;
- O.G. N° 18, sobre «El derecho al trabajo»³¹ (art. 6 del PIDESC), aprobada el 24 de noviembre de 2005 durante el 35º período de sesiones³²;
 - O.G. N° 6, sobre «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores»³³, aprobada durante el 13º período de sesiones (1995)³⁴; O.G. N° 19, sobre «El derecho a la seguridad so-

²⁹ Figura en el documento E/1998/22, anexo IV.

³⁰ En el párrafo 3, *in fine*, advierte el Comité que «...el término ‘desalojos forzosos’ se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los pactos internacionales de derechos humanos». Agrega en el párrafo 4 que «...dadas la interrelación y la interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, los desalojos forzosos violan frecuentemente otros derechos humanos. Así pues, además de infringir claramente los derechos consagrados en el Pacto, la práctica de los desalojos forzosos también puede dar lugar a violaciones de derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios». Asimismo, en el párrafo 5, precisa: «Aunque la práctica ante los desalojos forzosos parece darse principalmente en zonas urbanas densamente pobladas, también se produce en relación con traslados forzados de población, desplazamientos internos, reasentamientos forzados en caso de conflicto armado, éxodos en masa y movimientos de refugiados. En todas estas circunstancias puede haber una violación del derecho a una vivienda adecuada y a la protección contra el desalojo forzoso a causa de una serie de actos u omisiones atribuibles a los Estados Partes. (...)».

³¹ E/C.12/GC/18.

³² En el párrafo 1 se establece lo siguiente: «El derecho al trabajo es un derecho fundamental, reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de su artículo 6, trata este derecho más extensamente que cualquier otro instrumento. El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad».

³³ Figura en el documento E/1996/22.

³⁴ En el párrafo 10 se determina que el PIDESC «no contiene ninguna referencia explícita a los derechos de las personas de edad, excepto en el artículo 9, (...). Sin embargo, teniendo presente que las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, es evidente que las personas de edad tienen derecho a gozar de todos los derechos reconocidos en el Pacto. Este criterio se recoge plenamente en el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento. Además, en la medida en que el respeto de los derechos de las personas de edad exige la adopción de medidas especiales, el Pacto pide a los Estados Partes que procedan en ese sentido al máximo de sus recursos disponibles».

- cial»³⁵ (art. 9 del PIDESC), aprobada el 23 de noviembre de 2007 durante el 39º período de sesiones³⁶;
- O.G. N° 13, sobre «El derecho a la educación»³⁷ (art. 13 del PIDESC), aprobada durante el 21º período de sesiones (1999)³⁸; O.G. N° 11, sobre «Planes de acción para la enseñanza primaria»³⁹ (art. 14 del PIDESC)⁴⁰, aprobada durante el 20º período de sesiones (1999)⁴¹; O.G. N° 21, sobre «Derecho de toda persona a participar en la vida cultural»⁴² (art. 15, párrafo 1 'a', del PIDESC)⁴³, aproba-

³⁵ E/C.12/GC/19.

³⁶ En el párrafo 1 se señala que «...el derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto». En cuanto al espectro de cobertura de tal derecho, indica en el párrafo 2 que «...incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo». A su tiempo, el párrafo 3 acota: «La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social».

³⁷ Figura en el documento E/C.12/1999/10.

³⁸ El Comité expresa en el párrafo 1 de la O.G. en análisis: «La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico (...)».

³⁹ Figura en el documento E/C.12/1999/4.

⁴⁰ En su párrafo 2 se advierte que el derecho a la educación «... se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es, todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos».

⁴¹ El Comité asevera en el párrafo 2 de la O.G. N° 13, que ésta y la O.G. N° 11 son complementarias y deben examinarse conjuntamente.

⁴² E/C.12/GC/21/Rev.1.

⁴³ En su párrafo 2 se puntualiza que el derecho de toda persona a participar en la vida cultural se encuentra íntimamente relacionado con los otros derechos culturales consagrados en el art. 15 del PIDESC, como el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora; y el derecho a la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora.

- da durante el 43º período de sesiones (2009); O.G. N° 17, sobre «Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)»⁴⁴ (apartado 'c' del párrafo 1 del art. 15 del PIDESC), aprobada durante el 35º período de sesiones (2005)⁴⁵; y
- O.G. N° 20, sobre «La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales»⁴⁶ (art. 2, párrafo 2, del PIDESC)⁴⁷, aprobada durante el 42º período de sesiones (2009); O.G. N° 16, sobre «La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales»⁴⁸ (art. 3 del PIDESC), aprobada durante el 34º período de sesiones (2005)⁴⁹.

Añade el Comité que el derecho de toda persona a participar en la vida cultural está también intrínsecamente vinculado al derecho a la educación, por medio de la cual los individuos y las comunidades transmiten sus valores, religión, costumbres, lenguas y otras referencias culturales, y que contribuye a propiciar un ambiente de comprensión mutua y respeto de los valores culturales. Señala además, que aquel derecho es también interdependiente de otros derechos enunciados en el Pacto, como el derecho de todos los pueblos a la libre determinación y el derecho a un nivel de vida adecuado.

⁴⁴ E/C.12/GC/17.

⁴⁵ Su párrafo 1 reza: «El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora es un derecho humano, que deriva de la dignidad y la valía inherentes a toda persona. Este hecho distingue el derecho consagrado en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 [del PIDESC] y otros derechos humanos de la mayoría de los derechos legales reconocidos en los sistemas de propiedad intelectual. Los primeros son derechos fundamentales, inalienables y universales del individuo y, en ciertas circunstancias, de grupos de individuos y de comunidades. Los derechos humanos son fundamentales porque son inherentes a la persona humana como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto».

⁴⁶ E/C.12/GC/20.

⁴⁷ El Comité considera que la discriminación dificulta el ejercicio de los DESC de una parte considerable de la población mundial. Indica al respecto que «el crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación» (párrafo 1).

Ya en el párrafo 2 afirma: «La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales».

⁴⁸ E/C.12/2005/4.

⁴⁹ El Comité precisa en el párrafo 7: «El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la

c) A simple título informativo, y para enlazar las presentes consideraciones con otras que se desarrollarán en el subapartado siguiente, se observa que en los arts. 30 y 31 de la NCPE se despliegan los derechos de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, entre los cuales y a modo ejemplificativo se garantizan los derechos a una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo (art. 30.II.12), y al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales (art. 30.II.13). Por su parte, en el art. 30.III se establece que «el Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos» consagrados en la Constitución y la ley.

Finalmente, el art. 32 especifica que «el pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos».

D) Culturas y derechos culturales

a) En el Capítulo Sexto del Título II (siempre de la Parte Primera), se desgranar numerosas disposiciones relativas a la Educación (arts. 77 a 90); a la Educación superior (arts. 91 a 97); a las Culturas (arts. 98 a 102); a Ciencia, Tecnología e Investigación (art. 103); a Deporte y Recreación (arts. 104 y 105), y a Comunicación social (arts. 106 y 107).

b) Ante la gran relevancia que los derechos culturales adquieren en un modelo de Estado como el prefigurado constitucionalmente en Bolivia, nos ha parecido importante enhebrar aquí al menos sucintas apreciaciones al respecto. Veamos:

b.1) La plurinacionalidad provoca diversos retos, entre ellos, concretar el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe al que refiere el art. 9.2 de la NCPE, dentro de la reafirmación y la consolidación de la unidad del país, preservando la diversidad plurinacional como patrimonio histórico y humano (art. 9.3, *ibíd.*).

Al respecto, es interesante el enfoque que propone Rojas Tudela, en punto a que el carácter plurinacional debe llevar a concebir los derechos fundamentales de dos maneras: intraculturalmente, es decir, al interior de

igualdad tanto *de facto* como *de jure*. La igualdad *de jure* (o formal) y *de facto* (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos».

cada cultura, siendo la occidental tan valiosa como las otras culturas, e interculturalmente, es decir, en un proceso de transcrición, de aprendizaje común de los derechos y sus interpretaciones, a partir del diálogo entre culturas (conforme a lo establecido en los arts. 1, 9 y 30)⁵⁰.

b.2) Acerca de los derechos culturales vale traer a colación la advertencia que formula Symonides en torno a que si bien aquéllos suelen calificarse de «categoría subdesarrollada» de derechos humanos, entendiendo por tal expresión que, en comparación con otras categorías de derechos humanos –civiles, políticos, económicos y sociales– son los menos desarrollados en cuanto a su alcance, contenido jurídico y posibilidad de hacerlos respetar, aquel autor considera que lo que en realidad necesitan es mayor elucidación, clasificación y fortalecimiento y, a su criterio, el problema se vincula más bien a la circunstancia de que son descuidados o subestimados y tratados como «parientes pobres» de otros derechos humanos⁵¹.

En tal sentido, Eide ha señalado que aunque la expresión «económicos, sociales y culturales» se utiliza ampliamente, la mayoría de las veces el interés parece limitarse a los derechos económicos y sociales⁵². Asimismo, ha expresado que «Cultura» es un concepto excesivamente trabajado pero con poca precisión semántica⁵³.

b.3) Con todo, pueden enunciarse algunos instrumentos internacionales que enfocan directamente la temática de la cultura y los derechos culturales y que pueden servir como puntos de partida para la interpretación y la aplicación práctica de éstos.

En este escueto señalamiento dejaremos de lado semos: añadidoart. 32 modo ejemplificativo se garantiza el derecho alo dispuesto en el ámbito universal, por ejemplo, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y, en el marco regional, por el Protocolo de San Salvador, Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en

⁵⁰ Farit ROJAS TUDELA, en un trabajo de consultoría sobre revisión técnica del «Anteproyecto de Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional», CONCED - GTZ, La Paz, sin fecha de publicación (corresponde a la p. 2 del trabajo en soporte informático).

⁵¹ Janusz SYMONIDES, «Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos», Fuente: www.unesco.org/lissj/rics158/symonidesspa.html.

⁵² Asbjørn EIDE, «Cultural rights as individual rights», en Asbjørn EIDE, Catarina KRAUSE, y Allan ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1995; cit. por Janusz SYMONIDES, ídem.

⁵³ Asbjørn EIDE, «Cultural rights as individual rights», en Asbjørn EIDE, Catarina KRAUSE y Allan ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, 2nd Edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001, pp. 289/301. La traducción nos corresponde. En el original dice respecto de la Cultura que es «an overworked concept with little semantic precision».

Materia de DESC⁵⁴, aunque en otros segmentos del ensayo intercalaremos diversas alusiones a principios y normas propios de esos documentos transnacionales pertenecientes a los contextos universal y americano.

Con esas prevenciones, cabe mencionar en el nivel de *soft law* a la Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre la Diversidad Cultural⁵⁵, aprobada por la Conferencia General el 2 de noviembre de 2001; a la «Declaración de Friburgo sobre derechos culturales»⁵⁶ y a la «Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas», aprobada por Resolución de la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007⁵⁷.

Ya en el espacio del derecho internacional convencional, por consiguiente de naturaleza jurídicamente vinculante, es útil referir al citado Convenio N° 169 de la OIT⁵⁸.

b.4) Para cerrar este acercamiento meramente enunciativo, relevaremos a continuación una relativamente reciente O.G. del Comité de DESC y una también cercana en el tiempo sentencia de la Corte IDH en torno al tema

⁵⁴ Del cual Bolivia es parte, habiendo depositado el instrumento de ratificación el 5 de octubre de 2006.

⁵⁵ En el prefacio de tal Declaración se reafirma que «la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias».

Tal definición se conforma a las conclusiones de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (MONDIACULT, México, 1982), de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (Nuestra Diversidad Creativa, 1995) y de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998).

⁵⁶ La UNESCO encomendó a la Universidad de Friburgo la labor de inventariar los derechos culturales, como consecuencia de lo cual –y luego del trabajo de expertos de diversos países del mundo–, se generó la Declaración de Friburgo citada en el texto, en cuyo art. 2 se proporcionan las siguientes definiciones:

«a. El término ‘cultura’ abarca los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo;

«b. La expresión ‘identidad cultural’ debe entenderse como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad;

«c. Por ‘comunidad cultural’ se entiende un grupo de personas que comparten las referencias constitutivas de una identidad cultural común, que desean preservar y desarrollar».

⁵⁷ En la 107ª sesión plenaria, sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/L.67 y Add.1). Fue aprobada por Bolivia en 2007.

⁵⁸ Dicho instrumento de la OIT entró en vigor el 6 de septiembre de 1991 y revisa normas anteriores, esencialmente el Convenio N° 107 de 1957 (que aún está en vigencia para algunos países). El Convenio N° 169 fue ratificado por Bolivia el 11 de diciembre de 1991.

que abordamos. Ambas fuentes pueden aportar insumos para la elaboración de estándares valorativos por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional cuando deba resolver los seguramente abundantes conflictos interpretativos en la materia.

En primer lugar, retomaremos la citada la O.G. N° 21 del Comité de DESC de la ONU, en cuyo párrafo 1 puede leerse: «Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos y, al igual que los demás, son universales, indivisibles e interdependientes. Su promoción y respeto cabales son esenciales para mantener la dignidad humana y para la interacción social positiva de individuos y comunidades en un mundo caracterizado por la diversidad y la pluralidad cultural».

Entre otros puntos, en su párrafo 3 ha puesto de resalto los derechos colectivos de los pueblos indígenas a sus instituciones culturales, tierras ancestrales, recursos naturales y conocimientos tradicionales, en función de la citada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en particular los arts. 5, 8, 10 a 13 y ss., y el igualmente nombrado Convenio N° 169 de la OIT, principalmente los arts. 2, 5, 7, 8, 13 a 15 y ss.

Asimismo, en su párrafo 7 ha enfatizado que «la decisión de una persona de ejercer o no el derecho de participar en la vida cultural individualmente o en asociación con otras es una elección cultural y, por tanto, debe ser reconocida, respetada y protegida en pie de igualdad. Ello reviste particular importancia para los pueblos indígenas, que tienen derecho, colectiva o individualmente, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, las normas internacionales de derechos humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas».

Por su parte, en el párrafo 36 ha indicado —*inter alia*— que «los Estados Partes deben adoptar medidas para garantizar que el ejercicio del derecho a participar en la vida cultural tenga debidamente en cuenta los valores de la vida cultural, que pueden ser de carácter sólidamente comunitario o que sólo pueden ser expresados y ejercidos como comunidad por los pueblos indígenas. La fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural (...)».

Finalmente, en el párrafo 37 se lee que «los pueblos indígenas tienen derecho a actuar colectivamente para que se respete su derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, la literatura, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas (...)».

De su lado, la Corte IDH que —como se sabe— es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos (OEA), ha resaltado la obligación de los Estados de respetar los derechos de los pueblos indígenas. Aludimos al «Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay»⁵⁹, resuelto el 24 de agosto de 2010, que se alinea con otros pronunciamientos sobre el particular⁶⁰.

Específicamente, se ha referido a los derechos a⁶¹:

- la autoidentificación indígena: al respecto, la Corte resaltó que no le corresponde a ella ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la Comunidad indígena, sino que la identificación de ésta, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía, por lo que la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este

⁵⁹ Corte IDH, «Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay», Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 214.

⁶⁰ Por ejemplo, y sobre distintos aspectos de la cuestión, ver Corte IDH, «Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua», Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79; «Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam», Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de junio de 2005, Serie C, N° 124; «Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay», Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125; «Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay», Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146; y «Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam», Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007, Serie C, N° 172.

⁶¹ Varios aspectos del asunto, pueden ser compulsados en Víctor BAZÁN, por ejemplo: «Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXVI, N° 108, septiembre/diciembre 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F., pp. 759/838; y «De 'indios' a 'pueblos indígenas'; de la 'asimilación' al 'pluralismo cultural'», AA.VV., *Constitución de la Nación argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, T° I, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2003, pp. 171/210.

sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se autoidentifique (párrafo 37);

- a la posesión y la propiedad diferentes de las del derecho privado⁶²: sobre el punto, ha reiterado que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta «no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad». Ha añadido que esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del art. 21 de la CADH (párrafo 87);
- a la educación intercultural: en el particular ha indicado que, conforme a los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma; agregando que, en particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa, lo que implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada (párrafo 211);
- a la vida y a la integridad personal: en cuanto al primero de tales derechos concluyó que el Estado había violado el derecho contemplado en el art. 4.1 de la CADH, en relación con el art. 1.1 de la misma, al no adoptar las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida (párrafo 234). En relación con el segundo de ellos, consideró que las condiciones de vida miserables que padecen los miembros de la Comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en el que se encuentran, generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad, vulnerando el art. 5.1 de la CADH (párrafo 244);
- a la no discriminación: en torno al tema, señaló que «es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres» (párrafo 270). Precisó, además, que la situación de extrema y especial vulnerabilidad

⁶² Sobre el tema, revisar Víctor BAZÁN, «Il riconoscimento del diritto dei popoli indigeni in Argentina», en Sabrina LANNI (coord.), *I Diritti dei Popoli Indigeni in America Latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pp. 121/168; y «Los derechos de los pueblos indígenas y el rol de los jueces en la decisión de conflictos sobre propiedad comunitaria», *La Ley*, T° 2009-E, Buenos Aires, pp. 15/26.

- de los miembros de la Comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física (párrafo 273); y
- a los derechos de los niños indígenas: en este tópico, juzgó que la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos (párrafo 263). De ello extrajo que el Estado no adoptó las medidas de protección necesarias a favor de todos los niños y niñas de la Comunidad, violando el derecho consagrado en el art. 19 de la CADH en conexión con el art. 1.1 de la misma (párrafo 264).

Como tendremos ocasión de argumentar más adelante, los criterios hermenéuticos de la Corte IDH resultan fundamentales y de obligatorio seguimiento por los órganos de cierre de la justicia constitucional de los Estados que integran el sistema interamericano.

4. ALGUNAS CUESTIONES DE INTERÉS Y ACTUALIDAD EN TORNO A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

A) Liminar

Para dar continuidad a este trabajo, corresponde posar la mirada sobre el art. 13 de la NCPE, que da algunas pistas para la interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales.

De tal precepto constitucional es posible entresacar determinadas líneas axiales que corresponde tomar en consideración y que nos brindarán materia prima para transportar este ensayo por el nudo argumental y, luego, hacia su segmento de cierre:

- Los derechos reconocidos en la Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos.
- El Estado tiene el triple deber de: promoverlos, protegerlos y respetarlos.
- Los derechos proclamados constitucionalmente no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.
- La clasificación de los derechos establecida en la Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.
- Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
- Los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

En dirección convergente, resulta altamente significativo también el art. 14.III de la NCPE, en cuanto dispone: «El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos».

B) Hacia la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC

Presentado sucintamente el amplio abanico normativo que generosamente dispensa la NCPE a los derechos en general y, en particular, a los DESC, en este tramo del ensayo nos dedicaremos a insistir en la medular importancia que supone el dotarlos de exigibilidad y justiciabilidad, es decir, compaginar un grado sustentable de coherencia entre las pautas consagradas constitucionalmente y su realización fáctica.

Aunque tal vez obvio, es necesario resaltar que ya por su condición de «derechos» los DESC ofrecen algún perfil de exigibilidad y justiciabilidad. Pero si a tal circunstancia le adicionamos que se encuentran ubicados en un tramo de la Constitución referido a «derechos fundamentales» e incluso, algunos de ellos con doble carga de fundamentalidad como los contenidos en los arts. 16 a 20 (además del 15), creemos que al menos en abstracto no quedan dudas sobre el perfil de exigibilidad y alegabilidad ante los tribunales que ofrecen.

Pese a lo anticipado, nunca está de más insistir en que los derechos económicos, sociales y culturales no son menos derechos que los civiles y políticos. De hecho, la NCPE se ocupa de advertir que la clasificación de

los derechos que contiene no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros (art. 13.III). Y refuerza el punto estipulando en el art. 109.I, *ibíd.*, que «todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección» —énfasis agregado—; precepto que se exhibe consistente con la premisa de ejercicio libre y eficaz de los derechos establecidos en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos, fijada en el art. 14.III, *ibíd.*

Sin embargo, en un plano genérico de discusión (fuera del ámbito boliviano), desafortunadamente no han faltado voces que catalogan a los DESC como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo. Por ende, la necesidad de corregir la presunta imperfección de aquéllos representa todo un desafío para la imaginación de los juristas, tanto al formular planteos a su respecto como al ser éstos resueltos por los órganos públicos competentes.

Como con acierto lo precisaran la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos⁶³ (Viena, 25 de junio de 1993), que diera impulso a la doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos (que entre otros caracteres, recoge la NCPE en el art. 13.I, primera parte), «debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional»⁶⁴.

En sintonía con ello debe leerse la O.G. N° 9 del Comité de DESC de la ONU, referida a «La aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]», de 3 de diciembre de 1998, respecto de la que haremos alusión aquí.

Tal O.G. ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos «grupos» de derechos [refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que «reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad»⁶⁵.

Es igualmente importante tomar en consideración que la canalización jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas de derechos, promesas o esperanzas, y

⁶³ A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

⁶⁴ Parte II, párrafo 98 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

⁶⁵ Nos referimos a lo sostenido en el párrafo 10 *in fine* de tal observación general, bajo el epígrafe de «Justiciabilidad».

de que converja también, y seriamente, su contrapartida jurídica: deberes auténticos que, por serlo, pueden ser activados por medio de la pretensión de tutela acogida en la sentencia⁶⁶.

En última instancia, cabría conceder que los DESC presentan al menos algún aspecto de justiciabilidad, el que debe ser resguardado para evitar que se diluya el núcleo mínimo, esencial e inderogable del derecho en cuestión.

C) Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

No puede disimularse que bajo el pretexto de la escisión de los derechos humanos en generaciones, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los DESC, escudándose en la mentada progresividad de los mismos y en la falta de disponibilidad de medios materiales para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos —civiles y políticos— no legitima la denegación de otros —económicos, sociales y culturales— (ver, v.gr., la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo, de 1986⁶⁷), pues la pauta de indivisibilidad justamente proscribía de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros.

En las denominadas «Normas para la Confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador»⁶⁸, se especifica que tal presentación se registrará por el principio de progresividad y por un sistema de indicadores de progreso (art. 5 del Anexo⁶⁹), definiendo al principio de progresividad como el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural (art. 5.1). Añade en el ap. 2 de tal art. 5 que «un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una

⁶⁶ Sergio GARCÍA RAMÍREZ, «Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales», *Cuestiones constitucionales*, N° 9, julio-diciembre de 2003, IJ de la UNAM, México D.F., p. 131.

⁶⁷ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

⁶⁸ Aprobadas en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 7 de junio de 2005 [AG/RES. 2074 (XXXV-O/05)].

⁶⁹ Bajo el título de: «Normas para la Confección de los informes periódicos previstos en el art. 19 del Protocolo de San Salvador».

parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil».

Tomando dichos elementos analíticos como plataforma de lanzamiento, y pensando en la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los DESC hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos⁷⁰, debe desenterrarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal progresividad es sólo simbólica, debiendo darse paso a una progresividad efectiva y real de esos derechos.

Tal premisa debe conjugarse con la obligación de no regresividad de los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual —como se ha precisado— constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes («Órganos» en el caso boliviano) legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar reglamentaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población⁷¹.

Es útil recordar que en el párrafo 102 de la sentencia pronunciada en el «Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú»⁷², la Corte IDH ha recordado —reenviando a la O.G. N° 3 del Comité de DESC⁷³— que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales supone que

⁷⁰ Así ha sido inequívocamente determinado por los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC, los que fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos de 2 a 6 de junio de 1986 en Maastricht, y convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC; la consideración por parte del —por entonces— recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados Partes, y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

⁷¹ Christian COURTIS, «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios», en la obra colectiva compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

⁷² Corte IDH, «Caso Acevedo Buendía y otros ('Cesantes y Jubilados de la Contraloría') vs. Perú», Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198.

⁷³ Comité de DESC de la ONU, O.G. N° 3, sobre «La índole de las obligaciones de los Estados Partes» (párrafo 1 del art. 2 del PIDESC), párrafo 9; aprobada durante el quinto período de sesiones (1990), y que figura en el documento E/1991/23.

La O.G. N° 3 debe leerse en sintonía con la citada O.G. N° 9.

la plena efectividad de éstos «no podrá lograrse en un breve período de tiempo» y que, en esa medida, «requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo (...) y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad». Asimismo, transcribiendo lo sostenido por aquel Comité en otro documento, precisó que —en el marco de tal flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades— «el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido»⁷⁴. Ya de su propia cosecha, la Corte IDH ha razonado (en una manifestación de singular utilidad en orden a la justicia-bilidad de las potenciales medidas regresivas injustificadas por parte de los Estados) que «la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos».

El punto es de importancia capital y no está de más recordar que la NCPE en el art. 13.I, *in fine*, dispone claramente que el Estado tiene la obligación de promover, proteger y respetar los derechos que ella reconoce, entre los que obviamente quedan incluidos los DESC.

En la citada O.G. N° 9, el Comité de DESC ha precisado que «dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos» (párrafo 14).

Convergentemente, entendió que «generalmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar

⁷⁴ Comité de DESC de la ONU, Declaración sobre la «Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto», E/C.12/2007/1, 38° Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párrafo 8.

cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última» (párrafo 15).

Ello no es sino un reflejo de la obligación estatal de garantizar la interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos, punto en el que justamente viene al caso recordar que la NCPE dispone que los derechos y deberes que consagra se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia (art. 13.IV, *in fine*).

Esta cuestión nos tiende el puente hacia el tema que abordaremos a continuación.

D) La interrelación del derecho interno y el derecho internacional. Breve referencia al control de convencionalidad

Es claro que una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto⁷⁵.

En particular respecto del derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que adquieren sus áreas de interacción con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento real y no sólo declamado del sistema de derechos.

Tales postulados no hacen sino refrendar que la cardinal problemática de los derechos humanos, entre ellos obviamente los DESC, es una incumbencia —y debe ser una preocupación— concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional; sin olvidar, por cierto, que ésta presenta un carácter subsidiario y coadyuvante de la de los ordenamientos nacionales.

Reiteramos que los DESC ostentan vocación de justiciabilidad y, como con acierto —y *mutatis mutandi*— se ha expuesto, si la Constitución es un acuerdo integrador entre las dos filosofías que atraviesan el mundo contemporáneo (concepciones liberal y socialista de la sociedad política), entonces ningún contenido constitucional puede quedar hasta tal punto devaluado que sea excluido de la protección de la justicia, de lo que se sigue que los derechos sociales han de tener un núcleo intangible cuya configuración en sus dimensiones objetiva y subjetiva sólo puede corresponder

⁷⁵ Cfr. José A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 165.

finalmente al Tribunal Constitucional⁷⁶ o al órgano de cierre de la jurisdicción constitucional del Estado de que se trate.

Por lo que respecta a la mencionada conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, no está de más recordar que tanto en la fase inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto —en su caso— en la etapa de ejecución de una sentencia de condena internacional⁷⁷ motivada en la imposibilidad de obtener solución satisfactoria mediante los remedios locales, la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

En efecto, y en general, es condición inexcusable para que —al menos *ab initio*— quede franqueado el acceso al sistema interamericano, que se haya agotado previamente la vía interna y, de manera semejante, luego de un pronunciamiento, por ejemplo, de la Corte IDH que declare la responsabilidad internacional de un Estado, y que éste se niegue a cumplir en tiempo y forma (o que no la abastezca totalmente), sobrevendrá para la víctima o, en un sentido más abarcativo, el peticionario, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado reuente.

Y en esta dinámica, se impone como premisa irrecusable a los magistrados jurisdiccionales acometer sus labores de interpretación de las fuentes subconstitucionales de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, lo que —en el contexto de los DESC— supone por caso la inconveniencia de soslayar los pronunciamientos del Comité de expertos independientes de la ONU en la materia, al que en líneas anteriores hemos hecho referencia (observaciones generales y observaciones finales a los informes estatales) y de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Ello nos conecta con una problemática de cardinal importancia, el control de convencionalidad, que se mueve en dos planos: uno en sede internacional y el restante —que es el que más importa a los efectos de esta exploración— en el ámbito nacional.

En cuanto a su fase de desarrollo internacional, el control en cuestión es desplegado por la Corte IDH, y ha constituido desde siempre una función esencial de ésta, aunque sin denominarla «control de convencionalidad»⁷⁸. Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una

⁷⁶ Luis PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en Miguel CARBONELL, Juan Antonio CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa e IIJ de la UNAM, México D.F., 2001, p. 66.

⁷⁷ Cfr. art. 68 de la CADH.

⁷⁸ Puede compulsarse al respecto, Víctor BAZÁN, por ejemplo, en: «Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas», *Revista Europea de*

normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia —v.gr.— la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la preservación de la vigencia suprema de tal convención o de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo. Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado adoptar medidas legislativas o de otro carácter para abastecer tal finalidad.

Ya la modalidad que se despliega en sede nacional, se encuentra a cargo de los magistrados locales y consiste en la obligación de éstos de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en materia de derechos humanos) y a los estándares interpretativos que la Corte IDH ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos fundamentales.

Básicamente, los primeros fallos en los que el Tribunal interamericano se refirió plenariamente al control de convencionalidad, fueron en los casos: «Almonacid Arellano y otros vs. Chile»⁷⁹, «Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú»⁸⁰ y «La Cantuta vs. Perú»⁸¹.

En el «Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile», específicamente en el párr. 124, sostuvo: «La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obliga-

Derechos Fundamentales, N° 18, 2° Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, España, 2012, pp. 63/104; «Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 16, 2° Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, España, 2011, pp. 15/44; e «Inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión», *La Ley*, T° 2009-E, Buenos Aires, pp. 1240/1256.

⁷⁹ Corte IDH, «Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile», Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párrafo 124.

También lo ha expresado, v.gr., en el «Caso La Cantuta vs. Perú», Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párrafo 173.

⁸⁰ Corte IDH, «Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú», Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párrafo 128.

⁸¹ Corte IDH, «Caso La Cantuta vs. Perú», Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162.

dos a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

Por su parte, en el párr. 128 del fallo recaído en el «Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú», expresó que: «... los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes».

Ya en el «Caso La Cantuta vs. Perú», en su párr. 173 directamente reprodujo lo que expusiera en el párr. 124 del «Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile».

Ciertamente, en el «Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú» el Tribunal empleó un mayor nivel de determinación jurídica en torno a la naturaleza y preceptividad del control de convencionalidad respecto de lo verbalizado en el «Caso Almonacid Arellano y otros». En efecto, mientras que en éste sostuvo un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad», en aquél puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’. En síntesis, ya no se refirió laxamente a una «especie de control de convencionalidad», sino que aludió específicamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, un control de convencionalidad, incluso de oficio, o sea sin necesidad de petición de parte.

Puede señalarse que en el «Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México», la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que: «Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente

en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes» —cursivas añadidas— (párr. 225)⁸².

Al panorama someramente descrito debe aún agregarse un ingrediente no precisamente menor. En efecto, en una reciente sentencia (de 24 de febrero de 2011) dictada en el «Caso Gelman vs. Uruguay», la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en esa ocasión que «...particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial» —remarcado agregado— (párr. 239)⁸³.

En suma, para procurar compendiar la secuencia creciente que a Corte IDH ha trazado en torno a los destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones:

- i) Poder Judicial («Caso Almonacid Arellano y otros»);
- ii) Órganos del Poder Judicial («Caso Trabajadores Cesados del Congreso»);
- iii) Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles («Caso Cabrera García y Montiel Flores»); y
- iv) Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial («Caso Gelman»).

De todo lo expuesto, se revela como indudable que la creciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los retos que se posan sobre la magistratura constitucional, entre los que se cuenta la imprescindibilidad de manejar una multiplicidad de fuentes normativas y de reestudiar diversas categorías jurídicas, en ocasiones concebidas en el vientre pretoriano, por ejemplo, la relativa a las denominadas cuestiones políticas no justiciables. Precisamente en el campo de los DESC, éstas deberán ser sometidas a un reexamen en función de la magnitud jurídico-axiológica de los compromisos asumidos internacionalmente por los Estados y de la sensibilidad intrínseca de la sustancia que nutre

⁸² Corte IDH, «Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México», Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

⁸³ Corte IDH, «Caso Gelman vs. Uruguay», Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

a tales derechos (baste pensar, por ejemplo, en el derecho a la salud, al agua, al trabajo, a la vivienda o a la alimentación adecuadas), con la elevada cotización que —al menos desde la dimensión normológica— les asigna la NCPE en el caso de Bolivia.

Como es de suponer, el incumplimiento —por acción u omisión— de aquellas obligaciones transnacionales, generará la responsabilidad internacional del Estado.

E) Sumaria alusión al criterio interpretativo *pro persona*

En este juego de conexiones y articulaciones entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, no puede pasar inadvertido que, por caso, algunas irradiaciones del art. 29 de la CADH (también del art. 5 del PIDCP) quedan plasmadas en ciertos patrones hermenéuticos por conducto de los cuales ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (inc. ‘b’); o no puede serlo para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (inc. ‘c’).

Aunque sobreabundante, lo dicho apunta a relevar que ante un conflicto de interpretación o aplicación jurídicas entre una norma internacional de derechos humanos y otra interna sobre la materia, deberá en toda ocasión optarse por la solución que de modo más acabado y efectivo brinde mayor protección a los derechos humanos en juego, sea que aquélla se nutra de una fuente doméstica o de una proveniente del plano internacional.

Ello nos conduce al postulado *pro persona* que, según se ha indicado, constituye un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de suspenderlos en forma extraordinaria⁸⁴.

En otras palabras, tal pauta activa la necesidad de funcionalizar el principio de protección integral de la persona humana, alimentado por la pre-

⁸⁴ Mónica PINTO, «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en Martín ABREGÚ y Christian COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

misa que indica que Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos humanos dan vida a un plexo jurídico que direcciona su vigencia hacia una idéntica matriz axiológica.

Precisamente, la NCPE ha puntualizado en el art. 256.I que «los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta».

De lo anterior puede inferirse una cierta dosis de supraconstitucionalidad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en tanto contengan estipulaciones más convenientes a la protección de la persona.

No obstante, el principio general refrendado por el art. 4 de la LTCP reza que la NCPE es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa (ap. I); añadiendo a continuación que el bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, y las normas de derecho comunitario ratificados por el país (ap. II).

Por lo demás, lo expuesto en el párrafo anterior agrega un dejo de duda (al menos en abstracto) en cuanto a la existencia de algún aspecto contradictorio con la primera parte del art. 13.IV de la NCPE. Es que, como vimos, dicha fracción de la disposición establece que «los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno».

Es que un análisis literal de tal tramo normativo podría llevar a pensar que aquellos instrumentos internacionales tienen precedencia incluso sobre la Constitución, que hace parte del orden interno.

En síntesis, y más allá de las dudas que emergen de la Constitución en torno a la coherencia entre algunos de sus propios preceptos (esto es, intraconstitucionalmente) o de la LTCP vis-à-vis aquélla, tales inconsistencias o elementos confusos deberán ser esclarecidos por la praxis jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional, que tiene una ardua y muy compleja tarea por delante.

F) Vigencia de los derechos fundamentales en caso de declaración de estado de excepción

El citado art. 13.IV de la NCPE debe leerse en línea con el art. 137, *ibíd.*, *in fine*, que establece que «la declaración del estado de excepción no podrá en ningún caso suspender las garantías de los derechos, ni los

derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los derechos de las personas privadas de libertad».

Es del caso recordar que la Corte IDH ha efectuado relevantes aportaciones jurídicas y axiológicas en torno al asunto de las restricciones a los derechos humanos durante la vigencia de los estados de excepción o emergencia. En efecto:

- en la Opinión Consultiva, O.C.-8/87⁸⁵ (solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —Comisión IDH—), concluyó por unanimidad que los procedimientos jurídicos consagrados en los arts. 25.1 y 7.6 de la CADH (*hábeas corpus*) no pueden ser suspendidos conforme al art. 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición; y
- en la Opinión Consultiva, O.C.-9/87⁸⁶ (peticionada por Uruguay), también unánimemente interpretó: *i*) que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el art. 27.2 de la CADH, el *hábeas corpus* (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención; *ii*) que también deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29. 'c'), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el art. 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos; y *iii*) que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el art. 8 de la Convención.

Del análisis integral de tal esquema normativo y jurisprudencial (de la NCPE, la CADH y la interpretación de ésta por la Corte IDH) surge como corolario que tanto desde la dimensión nacional como desde la supranacional, la idea subyacente consiste en extremar la protección y la vigencia de los derechos fundamentales en casos de declaración de estados de excepción.

⁸⁵ Corte IDH, O.C.-8/87 de 30 de enero de 1987, «El *hábeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Serie A, N° 8.

⁸⁶ Corte IDH, O.C.-9/87 del 6 de octubre de 1987, «Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Serie A, N° 9.

G) Vías de acceso al sistema interamericano por vulneración de los DESC

Para los supuestos de violaciones a los DESC que obtengan respuestas total o parcialmente insatisfactoria en el derecho interno, específicamente en el caso de Bolivia, que es parte de la CADH, ha aceptado la competencia de la Corte y ha ratificado el Protocolo de San Salvador, el Estado quedaría vinculado por las disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —DADDH— (arts. VI y VII, además del clausulado que discurre entre los arts. XI a XVII), la CADH (arts. 26 y 42), el Protocolo de San Salvador, y los principios de la Carta de la OEA (arts. 29 a 50).

El Estado está sometido, por ende, a la obligación de presentar informes periódicos y podría, en su caso, ser denunciado ante la Comisión IDH de acuerdo con lo establecido por el art. 19.6 del Protocolo, siempre que se trate de la vulneración de los derechos consagrados en los arts. 8.1.‘a’ (libertad sindical) y 13 (derecho a la educación), pudiendo *suo tempore* ser demandado ante la Corte IDH.

Fuera de estas dos hipótesis, también podría ser objeto de denuncia ante la Comisión en función de los restantes principios y normas de la DADDH, la CADH y la Carta de la OEA e incluso podría la Comisión utilizar el citado Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables a la luz de los arts. 26 y 29 de la Convención⁸⁷. Sea como fuere, entonces, el Estado quedaría sometido a la posibilidad de que la Comisión plantee el asunto a la Corte IDH.

Asimismo, y pese al reducido espacio temático que ofrece la literalidad del Protocolo de San Salvador para la realización de denuncias individuales ante la Comisión IDH, no debe dejarse de lado la posibilidad de emplear otras estrategias como la invocación de la violación del debido proceso o del principio de igualdad en materia de DESC, lo que permitiría ampliar el horizonte de alegabilidad de tales derechos en el espectro interamericano⁸⁸.

⁸⁷ Esta hipótesis fue planteada por la propia Comisión IDH al resolver si receptaba competencia *ratione materiae* para establecer de manera autónoma violaciones al art. 10 del Protocolo a través del sistema de peticiones individuales. Si bien respondió negativamente a la procedencia autónoma de una competencia de tal índole, dejó abierta la posibilidad de utilizar el Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 26 y 29 de la CADH (Informe N° 29/01, Caso 12.249, «Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador», de 7 de marzo de 2001 —admisibilidad—, párrafo 36).

⁸⁸ Sobre el tema, ver para ampliar de Víctor BAZÁN, por ejemplo: «Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano», *Contextos*, N° 2 - 2011, Publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, pp. 82/129; «La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales», en Víctor BAZÁN (dir.), *La*

5. EPÍLOGO

A) Acordamos con Prieto Sanchís cuando se opone a la consistencia de la llamada teoría de los «dos mundos» con que a veces se ha querido describir al modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir⁸⁹.

El citado doctrinario mantiene que no es precisamente ésta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y flexible, dado que la justicia y, sobre todo, la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales, y cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social⁹⁰.

B) En una interesante aproximación, Comanducci señala que en la versión de democracia de Bobbio (la democracia no sólo como método, sino también como ideal igualitario), de Ferrajoli y otros autores, «la democracia más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es isonomía, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales (...): lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es (...) también un presupuesto de esta versión de la democracia»⁹¹.

judicialización de los derechos humanos, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257/300; y «Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, T° II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 547/583.

⁸⁹ Luis PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», cit., pp. 66/67.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 67.

⁹¹ Paolo COMANDUCCI, «Democracia y derechos fundamentales», en su obra *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 40.

C) Ya no puede discutirse, como se ha afirmado, que los DESC buscan garantizar unas condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la elevación del mínimo existencial que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir⁹².

D) Específicamente respecto del Estado Plurinacional de Bolivia, el respeto y la realización de los DESC obligan genéricamente a todos los Órganos del Estado (incluido el Órgano Electoral). Particularmente, vinculan al Legislativo, al dictar las normas pertinentes para impulsar la operativización de los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales; al Ejecutivo, al diseñar las políticas sociales; y al Judicial y al Tribunal Constitucional Plurinacional, al aplicar e interpretar la normativa emanada por los órganos competentes, controlar la progresividad sustentable de aquellos derechos y procurar frenar jurídicamente los intentos de regresividad a su respecto.

E) La generosa y extensa cobertura que la NCPE brinda a los derechos fundamentales y, entre ellos, a los DESC; ciertas inconsistencias y reiteraciones del texto constitucional; los desafíos que impone el funcionamiento del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario; la plurinacionalidad; el pluralismo jurídico; y, entre otros, la interculturalidad y la intraculturalidad, constituyen retos jurídicos, políticos, institucionales, culturales y axiológicamente relevantes para el Tribunal Constitucional Plurinacional que tiene una ciclópea tarea por delante en el marco de la interpretación, la integración y la aplicación de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, además de la muy delicada labor como órgano de resolución de los conflictos competenciales, v.gr., entre la justicia indígena originaria campesina y la justicia ordinaria y agroambiental.

F) La incesante evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los desafíos que afronta fundamentalmente la magistratura constitucional, entre los que se cuenta la necesidad de conocer y aplicar una multiplicidad de fuentes jurídicas que pueden generar antinomias y exigir esfuerzos argumentativos adicionales.

⁹² Néstor OSUNA PATIÑO, «El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial», *Revista Derecho del Estado*, N° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, junio de 2003, p. 95.

Es imposible ignorar la obligatoriedad que recae en los magistrados locales de llevar adelante, incluso de oficio, el control de convencionalidad —por medio del principio *iura novit curia*—, que se retroalimenta con el control de constitucionalidad.

En el ámbito tuitivo de los DESC, el Tribunal Constitucional Plurinacional deberá impulsar un activismo prudente para generar estándares jurisprudenciales sustentables que, sin resultar temerarios ni atentar contra el equilibrio financiero del Estado, aporten a la vigencia efectiva de tales derechos.

No puede obviarse que la NCPE, con la carga normativa que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la CADH y los patrones hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: el respeto de la dignidad humana, cuya expresión directa está encarnada por los derechos fundamentales.

G) Para cerrar este ensayo, y ante la citada espesura normativa que la NCPE acuerda a los derechos fundamentales, vale recurrir nuevamente a Comanducci, quien luego de citar a Bobbio cuando afirma que el problema político más relevante hoy en día no es encontrar el fundamento de los derechos fundamentales, sino garantizarlos, añade —ya en propia visión «comanducciana»— que el problema de la democracia no es justificarla, sino fortalecerla y ampliarla⁹³.

Desde nuestro punto de vista, matizando tales percepciones y si bien es sumamente importante fundamentar los derechos humanos y justificar la democracia, en un escenario como el boliviano donde la diversidad cultural funciona como la base del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, resulta también de inevitable importancia buscar fórmulas de efectivización práctica de los DESC.

Dicho de otra manera: *facta, non verba* (hechos, no palabras). Esperemos que así sea.

⁹³ Paolo COMANDUCCI, *ob. cit.*, p. 56.