

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR
SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
MENCION EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TITULO: LA FORMULACION DEL DERECHO
HUMANO A LA COMUNICACIÓN

Autor: Romel Jurado Vargas

2005

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al Centro de Información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Romel Jurado Vargas

Quito, 30 de Mayo de 2005

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR
SEDE ECUADOR**

**AREA DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
MENCION EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TITULO: LA FORMULACION DEL DERECHO
HUMANO A LA COMUNICACIÓN**

Autor: Romel Jurado Vargas

Tutor: Dr. Fernando Chamorro Garcés

Quito-Ecuador

2005

Introducción

El propósito central de este trabajo de investigación es explorar la factibilidad teórica y práctica de plantear una formulación del derecho humano a la comunicación como condición de posibilidad de la participación de los sujetos sociales, teniendo en cuenta las tensiones que operan actualmente en el discurso de los derechos humanos y la dinámica resignificación de las nociones de democracia.

Desde esta perspectiva la presente tesis ha sido organizada en cuatro capítulos, el primero ofrece una panorámica crítica de las complementariedades, tensiones y potencialidades de dos nociones conceptuales: los derechos humanos y la democracia. Para los fines de este trabajo éstas actúan como categorías explicativas y como contexto conceptual del problema que hemos identificado; problema cuyo enunciado central consiste en que: la noción hegemónica de democracia liberal ha instrumentalizado la construcción, uso y apropiación de los derechos humanos tradicionalmente relacionados con la comunicación para, contrariamente a su pretensión original, constreñir la potestad deliberativa de los ciudadanos desde la que es posible construir, de-construir y re-construir permanentemente la participación en democracia.

En el segundo capítulo se ensaya una formulación conceptual de los derechos tradicionalmente relacionados con la comunicación, procurando ofrecer una interpretación técnico-jurídica de su contenido y alcances. En ese sentido las nociones conceptuales que se formulan no sustituyen a las formulaciones legales vigentes, pero si pretenden orientar la interpretación de sus alcances mínimos con sentido integrador.

El tercer capítulo realiza una revisión sinóptica del problema de la fundamentación desde la categoría de los derechos humanos, al cual se ve o se vería avocado a responder, cualquier intento de formulación del derecho humano a la comunicación que busque un presupuesto filosófico como sustento de sus pretensiones de universalidad.

Finalmente el capítulo cuarto realiza un examen de los esfuerzos contemporáneos para formular el derecho a la comunicación y propone una nueva formulación de éste. Esta nueva formulación plantea ser insumo para avanzar en la tarea de su compleja

confección jurídica, por lo que se ha incluido un examen de eficacia normativa destinado a visibilizar los problemas que la formulación de este derecho implica.

DEDICATORIA

A mi hermano Oscar, por las enseñanzas impartidas
y en reconocimiento a su espíritu invencible.

TABLA DE CONTENIDOS

CAPITULO I

DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA

1. Derechos humanos y democracia	9
1.1. El individualismo que subyace a la concepción liberal de los derechos humanos	10
1.2. La valoración diferenciada que subsiste entre los derechos humanos civiles y políticos (de matriz liberal) frente a los derechos humanos sociales, económicos y culturales (de matriz socialista)	18
1.3. Los conflictos culturales que los derechos humanos generan desde su pretensión de universalidad	24
1.4. La pretensión emancipatoria de los derechos humanos y su proyección	28
2. Democracia y participación	29

CAPITULO II

ACERCAMIENTO A LOS DERECHOS HUMANOS TRADICIONALMENTE RELACIONADOS CON LA COMUNICACIÓN

2.1. El derecho a la libertad de opinión	44
2.2. El derecho a la libertad de expresión	49
2.3. la libertad de difusión	53
2.4. La libertad de Información	55
2.5. Los medios de comunicación ¿derechos y participación?	59

III CAPITULO

EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO A LA COMUNICACIÓN DESDE LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

3.1. Positivismo y Realismo frente al problema de la fundamentación	76
---	----

CAPITULO IV

LA FORMULACION DEL DERECHO A LA COMUNICACIÓN

4.1. Antecedentes y tendencias en la formulación del derecho a la comunicación	79
4.2. Asumiendo el reto de la formulación	84
4.3. Análisis de eficacia normativa sobre la formulación del derecho a la comunicación propuesta.....	86
4.3.1 Los titulares del derecho	87
4.3.2 Personas que son responsables de las obligaciones frente al derecho	88
4.3.3. Contenido del derecho y de las obligaciones que son su correlato.....	88
4.3.4 Consecuencias jurídicas en caso de violación del derecho o incumplimiento de las obligaciones establecidas	92
4.3.5 Aplicación temporal y espacial del derecho a la comunicación	94
CONCLUSIONES GENERALES	96
RECOMENDACIONES	100
BIBLIOGRAFÍA	101

CAPITULO I

DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA

En este Capítulo se plantea una panorámica crítica de las complementariedades, tensiones y potencialidades de dos nociones conceptuales: los derechos humanos y la democracia. Nociones que actúan para los fines de este trabajo de Tesis al mismo tiempo como categorías explicativas y como contexto conceptual del problema que hemos identificado y cuyo enunciado central consiste en que: la noción hegemónica de democracia liberal ha instrumentalizado la construcción, uso y apropiación de los derechos humanos tradicionalmente relacionados con la comunicación para, contrariamente a su pretensión original, constreñir la potestad deliberativa de los ciudadanos desde la que es posible construir, de-construir y re- construir permanentemente la participación en democracia.

1. Derechos humanos y democracia

La noción moderna de derechos humanos es imputable sin duda alguna al pensamiento político liberal. En síntesis esta noción fundadora de las sociedades modernas planteaba originalmente que todos los seres humanos tienen derechos naturales, es decir inherentes a la persona humana, y por tanto anteriores y superiores a cualquier forma de asociación u organización jurídica-política, o sea a cualquier forma de Estado y gobierno.

Planteadas así las cosas el pensamiento liberal clásico prescribe que la forma de gobierno debe responder a la voluntad general del pueblo concebido por tanto como *el soberano*, el cual cede algunos de los micro poderes que individualmente tienen sus integrantes a cambio de orden, seguridad así como de reconocimiento y respeto de los derechos naturales que les son inherentes.

Con estas premisas la legitimidad de un gobierno democrático se cifra, desde el pensamiento liberal, básicamente en asumir y ser consecuente con la misión que le entrega el soberano a los gobernantes, esto es, desplegar en el ejercicio del gobierno todos los recursos y capacidades del aparato estatal para lograr el pleno disfrute de los derechos humanos que han sido reconocidos en el orden jurídico-político de cada Estado, bajo la prevención de que cada uno los integrantes del corpus social están asistidos del

derecho a revelarse si tal misión fuera traicionada por quienes ejercen el poder de gobernar¹.

Con estos antecedentes es plausible afirmar que la democracia como forma de gobierno tiene entonces una profunda relación de interdependencia y complementariedad con la noción de derechos humanos desde el ámbito de la teoría; sin embargo, en la práctica se registran muchas tensiones entre una y otra, entre tales tensiones nos parece necesario destacar, para los fines de este trabajo, las siguientes:

- El individualismo que subyace a la concepción liberal de los derechos humanos
- La valoración diferenciada que subsiste entre los derechos humanos civiles y políticos (de matriz liberal) frente a los derechos humanos sociales, económicos y culturales (de matriz socialista)
- Los conflictos culturales que los derechos humanos generan desde su pretensión de universalidad

1.1 El individualismo que subyace a la concepción liberal de los derechos humanos

Desde la perspectiva de este trabajo el individualismo que subyace a la concepción liberal de los derechos humanos condiciona lo que ha de entenderse como social, política y económicamente adecuado en las sociedades que se presentan o representan a sí mismas como democracias liberales. Y es en función de estos condicionamientos que toda discusión que pretenda cuestionar la noción liberal de derechos humanos y su fundamento moral-filosófico, está necesariamente excluida de los que se considera socialmente adecuado; al igual que se margina de la legalidad todo intento de impugnar al individualismo su papel de eje articulador de las relaciones sociales y al capitalismo su papel de modo de producción “natural” entre las sociedades de individuos libres.

¹ “Que los gobiernos han sido instituidos entre los hombres para asegurar estos derechos, derivando sus justos poderes el consentimiento de los gobernantes; que cuando cualquier forma de gobierno se hace destructiva de estos fines, el pueblo tiene el derecho a alterarla y abolirla y a instituir un nuevo gobierno fundado en tales principios y organizando sus poderes en la forma más idónea posible para llevar a cabo su seguridad y felicidad”. LOCKE, citado por TUNNERMAN BERHEIM Carlos, en Los Derechos Humanos: Evolución Histórica y Reto Educativo, pág.13, UNESCO, Caracas,1997

Para contextualizar y explicar la anterior afirmación es preciso explorar como la dinámica de construcción del derecho y la regla de oro de la democracia (la regla de la mayoría), generadas a partir de la concepción liberal, determinan el carácter individualista que subyace a la noción de derechos humanos.

En efecto, desde la dinámica liberal de construcción del derecho el orden social es posible o se sustenta gracias a la noción de libertades negativas², por la cual, el *Derecho* o los *Derechos* se presentan como un conjunto potestades subjetivas de los particulares que les permiten optar o actuar libremente, es decir sin coacciones externas del Estado u otros particulares, pero, teniendo como límite de su libertad los mandatos, prohibiciones y autorizaciones que se establecen en la ley y que son tutelados, incluso mediante el uso de la violencia legalizada, por el aparato institucional que reprime y controla las conductas de los individuos.

Es con este enfoque reductivista, por el cual el *Derecho* o los *Derechos* se reducen a las concesiones o conquistas que la ley consagra, que el liberalismo clásico (también el neoliberalismo) impregna a los derechos humanos, convirtiendo al *Derecho* en un reducto de libertades controladas desde el Estado por medio de la ley. A su vez estas libertades no pertenecen a la colectividad, sino a cada uno de sus miembros, quienes las administran de forma individual.

Es precisamente ese individualismo³ subyacente a la cultura de los derechos humanos el que fundamenta la tradición político-económica del liberalismo que ha permitido la articulación y sostenibilidad de su sistema capitalista de producción.

² “De acuerdo con la concepción liberal [de la democracia], el *status* de ciudadanos está determinado por la medida de los derechos subjetivos que tienen frente al Estado y frente a los demás ciudadanos. Como portadores de derechos subjetivos, disfrutan de la protección del Estado mientras persigan sus intereses privados dentro de los límites trazados por las leyes y esto incluye también la protección frente a las actuaciones estatales que vayan más allá de las reservas legales de intervención. Los derechos subjetivos son derechos negativos que garantizan un ámbito de elección dentro del cual las personas están libres de coacciones externas.” HABERMAS Jürgen, *La inclusión del otro: estudios de teoría política*, Pág. 232, Editorial Paidós, Barcelona, 1999.

³ “la denuncia de la cultura del individualismo subyacente a la concepción de los derechos humanos. Éste es uno de los puntos más fuertes, y más conocidos, de la crítica de los comunitaristas, de manera que no necesito abundar aquí en detalles. A lo que esta crítica se refiere es a que los derechos humanos no se venden solos. Vienen acompañados de muchas cosas más. El derecho a la libertad individual viene con la ley del mercado. El derecho a la libertad de expresión viene con el derecho a la propiedad privada de los medios de comunicación. El derecho al trabajo con el derecho a la acumulación de capital. El derecho a la libertad de conciencia con la ruptura de la solidaridad social. Los derechos humanos son, para decirlo en palabras de

En efecto, en la concepción liberal, la gregariedad o agrupamiento de los sujetos y su interacción no se puede explicar a través de la solidaridad social, sino a través del balance de conveniencia que efectúa cada individuo para maximizar sus propios intereses en las relaciones sociales que, en uso de su libertad, decide tener con otros individuos (no con la colectividad). Esta suerte de egoísmo pragmático, por el cual se establecen las relaciones sociales fundadas en la conveniencia, solo puede ser posible bajo la noción de que cada individuo **tiene algo** que puede resultarle interesante al otro y de lo cual puede disponer con plena libertad.

Desde el liberalismo, ese **algo** que poseen naturalmente todas las personas es a sí mismas y a las capacidades que tiene cada cual. Ese gobierno o propiedad (libertad de disposición) sobre sí mismos y sobre sus capacidades es lo que convierte a los hombres en humanos⁴.

Desde esta perspectiva, y como los individuos no pueden enajenarse a sí mismos ya que ello implicaría la pérdida de la libertad que funda al liberalismo, lo que le queda disponible a cada individuo son sus capacidades. **Tener** estas capacidades convierte a los individuos en propietarios libres y por tanto en sujetos que tienen **con que** relacionarse con los otros individuos. En consecuencia las relaciones sociales en el liberalismo son relaciones de transacción entre propietarios libres que buscan maximizar sus intereses individuales, o dicho en otras palabras, las relaciones sociales dominadas por el liberalismo son relaciones de mercado donde, quien no tiene otra cosa, se ve obligado a negociar sus capacidades personales.

Pero se podrá objetar que un sistema de relaciones basado en interacciones de conveniencia de los propietarios libres carece de la posibilidad de brindar orden y

Michael Walzer, un maximalismo moral disfrazado de minimalismo, es decir, son sólo en apariencia un código mínimo de principios morales, porque a través de ellos se expresa, implícitamente, una cosmovisión bastante más amplia y bastante más densa de valores de la cultura liberal. Miguel Giusti, "Los derechos humanos en un contexto intercultural", OEI, en <http://www.campus-oei.org/valores/giusti2.htm>.

⁴ "El atributo esencial del hombre según el liberalismo, la libertad, sólo es plena si este es concebido como propietario de sus capacidades y su persona. Es decir, el hombre es propiamente humano en virtud de su carácter de propietario." RUIZ Carlos, "individualismo posesivo, liberalismo y democracia liberal. Notas sobre la contribución de C.B. Macpherson a la teoría democrática", ensayo presentado en el Seminario de "Temas de teoría Democrática", 1984, en www.cepchile.cl/dms/archivo_1102_973/rev17_ruiz.pdf

seguridad a sus integrantes, debido a la potente oposición que generan los intereses individuales.

A lo cual el liberalismo responde con la instauración de la ley, emanada supuestamente del soberano (el pueblo). Entonces la ley actúa como el mecanismo de control social que garantiza que la libertad de los individuos solo podrá ser limitada con las cargas jurídicas que aseguren igualdad en el disfrute de la misma libertad para todos, pero que, concurrentemente, tiene el efecto de ordenar las relaciones entre los individuos desde los presupuestos políticos y valores que propugna el liberalismo. En ese sentido la ley es un acto de intromisión, regulación y limitación de la libertad del individuo para mantener el *statu quo*, que legítima en la promesa de preservar las libertades (derechos fundamentales) reguladas para todos.

Y desde esa perspectiva la ley como encarnación del legítimo ejercicio del poder estatal representa el más potente y coercitivo mecanismo de control social que ha generado la sociedad política, en tanto garantiza la protección de la propiedad que los individuos tienen sobre si mismos y sus capacidades así como sobre sus bienes, por medio de unas reglas que aseguran el orden y la seguridad de sus interacciones sociales, bajo la previsión de una sanción.

En esta sociedad política (liberal) en que la diferenciación del status y el poder se genera a partir de la capacidad económica⁵ de los individuos, aquellos sin más propiedad que sí

⁵ “El eje del argumento de Locke es, según Macpherson, la tesis, central en el *Second Treatise*, según la cual el hombre es propietario exclusivo de su propia persona y de su capacidad para trabajar. Siendo esto así, a nadie sino al propio individuo le compete —si no tiene otro recurso— enajenar esta capacidad de trabajo en la relación salarial, una noción que para Locke debe ser incluida también en un supuesto estado de naturaleza. Como, por otra parte, la apropiación ilimitada de los bienes disponibles, hecha posible por el dinero, es otro componente de este estado de naturaleza, entonces pertenece también a él, como legitimada por el derecho natural, una desigualdad radical entre los seres humanos en función de su participación en el mercado como propietarios o como no-propietario.

Macpherson señala, muy pertinentemente, que este derecho natural de apropiación ilimitada no es para la visión de Locke algo casual: se trata, por el contrario, ya no de una voluntad de atesoramiento sino de la condición exacta bajo la cual la tierra, el dinero y el trabajo pueden funcionar como capital en un nuevo sistema de relaciones sociales, el capitalismo...

En primer lugar, Locke intenta referirse a ella indirectamente, tomando las consecuencias por causas, suponiendo que hay diferencias naturales de racionalidad entre los hombres, en función de si acumulan industriosamente o no, lo que explicaría entonces las desigualdades en el mercado.

En segundo lugar, Locke funda precisamente sobre esta desigualdad y las diferencias de clase en la racionalidad, la necesidad del paso del estado de naturaleza al estado de sociedad, un paso que resulta en él difícilmente justificable de otra manera ya que, a diferencia de Hobbes, el estado de naturaleza es visto por Locke como un estado pacífico. La futura sociedad civil resulta fundada así en la necesidad de mantener un orden social favorable a las clases propietarias las que, contrariamente a Hobbes, son concebidas como

mismos y sus propias capacidades, suelen sujetarse al orden político básicamente por los efectos de la persuasión comunicativa de los discursos morales, religiosos y educativos en que son socializados, y también por la amenaza que implícita o explícitamente impone la ley para controlar la conducta de los individuos en sus reductos de libertades.

Desde la perspectiva de este trabajo la caracterización que ofrece C.B. Macpherson, sobre lo que él denomina el *individualismo posesivo*, retrata con una fuerza impresionante las marcas que tal individualismo liberal coloca en el discurso de los derechos humanos, y que a continuación citamos:

"1. Lo que hace propiamente humano a un hombre es la libertad frente a la dependencia de la voluntad de los demás.

2. La libertad de la dependencia de otros significa libertad frente a cualquier relación con los demás, excepto aquellas en las cuales el individuo entra voluntariamente, considerando sus propios intereses.

3. El individuo es esencialmente el propietario de su propia persona y capacidades, por lo que no debe nada a la sociedad.

4. Aunque el individuo no puede enajenar el conjunto de su propiedad sobre su propia persona, puede enajenar su capacidad para trabajar.

5. La sociedad humana consiste en una serie de relaciones de mercado.

6. Ya que la libertad frente a la voluntad de los demás es lo que hace humano al hombre, cada libertad individual puede ser limitada en derecho sólo por las reglas y obligaciones necesarias para asegurar esa misma libertad para los demás.

capaces de cohesionarse —ante la amenaza de los no propietarios— lo que no hace necesario a un soberano autoritario. Las clases no propietarias, asimismo, no son percibidas por Locke como una amenaza sustancial al nuevo orden político: su insuficiente racionalidad y la acción de la coerción política más el efecto persuasivo de la religión y la moral, bastan para mantenerlas políticamente inactivas: sujetas al orden político pero sin ser miembros de pleno derecho a él." RUIZ Carlos, "individualismo posesivo, liberalismo y democracia liberal. Notas sobre la contribución de C.B. Macpherson a la teoría democrática", ensayo presentado en el Seminario de "Temas de teoría Democrática", 1984, en www.cepchile.cl/dms/archivo_1102_973/rev17_ruiz.pdf

7. La sociedad política es una invención (o artificio) humana para la protección de la propiedad de la propia persona y bienes (por tanto) para la mantención de relaciones ordenadas, de los individuos considerados como propietarios de sí mismos.”⁶

Desde la otra entrada que se propone este análisis para explicar el individualismo subyacente a los derechos humanos, esto es, desde la perspectiva política, la afirmación de la democracia, respecto de la participación de los diversos grupos humanos desde sus pretensiones (estén o no discursivamente formuladas) se realiza básicamente a través de la regla mayoría⁷, entendida como la agregación de voluntades individuales, la cual aparentemente permite a los grupos humanos tomar decisiones a través de la representación política o a través de las definiciones directas, como cuando los y las ciudadanas participan en un referéndum.

Pero que en realidad la regla de la mayoría opera como un mecanismo para perpetuar el statu quo liberal, creando entre los ciudadanos, individualmente considerados, la ilusión de que tienen el derecho (la libertad) para definir y redefinir todo: desde las condiciones más básicas de su interacción social hasta las estructuras y superestructuras que operan en el conjunto de la sociedad, lo cual no es realmente cierto.

Sin embargo, ya Norberto Bobbio, entre otros teóricos, y a pesar de su fe en la democracia, nos advertía que el problema del proceso de democratización no es ya el del sufragio universal, como expresión de la voluntad política de cada individuo, sino de ampliar o multiplicar los espacios en que éste derecho ciudadano puede ser ejercido⁸, a lo que me permito añadir también los problemas de: i) la ampliación del catálogo de asuntos sobre los cuales se puede decidir con participación de los ciudadanos; y, ii) las formas en

⁶ Citado por Carlos Ruiz: C. B. Macpherson, *The Political theory of Possessive Individualism*, Oxford University Press, Londres 1962, p. 263. Hay traducción castellana de esta obra, editada por Fontanella, España.

⁷ “Por lo que respecta a la modalidad de la decisión, la regla fundamental de la democracia es la regla de la mayoría, o sea, la regla con base en la cual se consideran decisiones colectivas y, por tanto, obligatorias para todo el grupo, las decisiones aprobadas por al menos la mayoría de quienes deben tomar la decisión.” BOBBIO Norberto, *El Futuro de la Democracia*, Pág. 14, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

⁸ “cuando se desea conocer si se ha desarrollado la democracia en un determinado país no se debería investigar si aumentó o no el número de quienes tienen derecho a participar en las decisiones que les atañen, sino los espacios en que pueden ejercer ese derecho. Hasta que los grandes bloques de poder que existen en lo alto de las sociedades avanzadas, la empresa y el aparato administrativo, no sean afectadas por el proceso de democratización –suspendo el juicio si esto sea, además de posible, deseable-, el proceso de democratización no podrá considerarse realizado plenamente.” BOBBIO Norberto, *El Futuro de la Democracia*, Pág. 21, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

que esas decisiones se efectivizarán en la vida cotidiana de los habitantes de un determinado Estado.

Así pues, para saldar la incongruencia teórica de definir, desde el individualismo liberal, al bien común como la agregación o sumatoria del bienestar de cada integrante de la sociedad y no como el bienestar de la sociedad en su conjunto, los estrategas liberales acuden a la regla de oro o regla de la mayoría como el cerco jurídico-político que limita la potestad deliberativa de los sujetos sociales, impidiéndoles cuestionar el individualismo subyacente a sus relaciones jurídicas y políticas; lo cual se hace en clave o con ayuda de las prescripciones legales operantes, es decir con ayuda de la ley.

Así pues, la regla de la mayoría impide cuestionar el individualismo porque está legalmente prohibido cuestionar la vigencia de los derechos que lo encarnan; y sin embargo, y al mismo tiempo, el uso de la regla de la mayoría crea la ilusión de que eventualmente se permitiría la redefinición de las reglas de juego para cualquier otra cosa, incluso la redefinición de las reglas para disputar y ejercer el poder político, si la mayoría de las personas así lo deciden.

Con esta reflexión es posible afirmar que, desde la visión liberal de la sociedad, la regla de la mayoría operaría para articular los consensos y procesar los disensos respecto de todas las decisiones vinculantes que afectan a la vida política-jurídica de los pueblos organizados bajo una forma de gobierno democrática liberal, salvo aquellas decisiones cuyo propósito o efecto sea restringir o suprimir el alcance y contenido de los derechos humanos de vertiente liberal, pues en este caso se estaría socavando el cimiento jurídico político de la democracia misma (por supuesto nos referimos a la democracia liberal) y la razón última que justifica la existencia y permanencia del Estado liberal: esos derechos, que por ser consustanciales a la persona, son intangibles aún para las mayorías.

En ese sentido Norberto Bobbio⁹ señala, que los derechos humanos constituyen el límite para el ejercicio del poder, son un reducto que no puede ser colonizado o usurpado por el poder a riesgo de perder toda legitimidad, y al mismo tiempo son el elemento diferenciador y característico de la democracia liberal moderna.

⁹ BOBBIO Norberto, Fundamento y Futuro de la Democracia, Edival, Valparaíso, 1987.

En consecuencia el uso político de la regla de la mayoría plantea que toda discusión que pretenda cuestionar esos derechos y su motor axiológico (que es la libertad de los individuos) está necesariamente proscrito del debate social, como proscritas están las acciones destinadas a modificar el individualismo como eje articulador de las relaciones sociales y el capitalismo como modo de producción pues su subsistencia está recíprocamente condicionada y por tanto su legitimación resulta necesariamente complementaria.

Así la aplicación regular de la regla de la mayoría asegura el control de la potestad deliberativa dentro de los límites que la ley explicita: los individuos solo puede deliberar o participar en los espacios y condiciones que la ley lo permite; en tanto que la aplicación excepcional de la regla de la mayoría actúa como un candado que sirve para deslegitimar y proscribir toda argumentación y acción que cuestione el liberalismo, sus nociones fundamentales y su batería de derechos: toda deliberación con pretensiones de resignificación sobre estos elementos está deslegitimada a priori.

Desde esa perspectiva es explicable que los defensores de la democracia liberal descalifiquen los contenidos democráticos de los sistemas socialistas de organización de la economía, la política y el derecho.

Así pues desde la visión liberal no cabe darle otra misión al Estado que la de desplegar todos sus recursos y capacidades para lograr el pleno disfrute de los derechos naturales del hombre entre todos sus asociados, e identificar esta misión con el ideal democrático moderno. Al respecto es ilustrativo lo que señala Brenda Almond para cerrar el círculo entre democracia y moral liberal desde la perspectiva de derechos humanos, al sostener que tales derechos, o más bien su aplicabilidad, sólo es posible en regímenes políticos que hayan asumido los valores liberales modernos con los que históricamente se ha identificado a la democracia, y cito:

“El ideal moral liberal encuentra su expresión más coherente en la doctrina de los derechos universales, y sólo puede realizarse plenamente en un contexto político en el que se respeten y se reconozcan estos derechos”¹⁰.

1. 2. La valoración diferenciada que subsiste entre los derechos humanos civiles y políticos (de matriz liberal) frente a los derechos humanos sociales, económicos y culturales (de matriz socialista).

Como ya ha sido señalado el eje ordenador de la construcción de los derechos y la democracia en la versión liberal es *la libertad individual*, desde la cual el bienestar social solo podía entenderse como una agregación del progreso individual de los sujetos individualmente considerados. En ese sentido el bienestar social era básicamente un subproducto del ejercicio de las potestades individuales¹¹ pero no una responsabilidad del gobierno democrático ni de los actores económicos y sociales que operaban en la sociedad. El bienestar social era considerado desde la vertiente liberal una aspiración más de corte moral, por la que resulta deseable que todas las personas satisfagan al menos sus necesidades básicas y accedan a medios que les permitan la superación de las condiciones materiales adversas; cabe señalar que entre estos medios ha sido especialmente promovida la educación laica, como la ruta a la auto-superación individual.

Es por esta razón que la apelación liberal sobre la *igualdad* de los hombres no implica un mandato de equidad social que redistribuya los beneficios del progreso alcanzado en los procesos productivos y reproductivos de la sociedad, sino que alude básicamente al derecho de ser considerado igual ante la ley, es decir ser tratado como un ciudadano igual a los otros ciudadanos tanto para efectos de aplicación de la ley como para efectos de participar en un litigio judicial orientado al ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico establece.

Por el contrario el eje ordenador de los derechos sociales y económicos constituye la *equidad*, entendida básicamente como la garantía de todas las personas a disponer de un

¹⁰ ALMOND, Brenda. “Los Derechos”, Pág. 372, en Compendio de Ética, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

¹¹ “Las constituciones y actas legislativas adoptadas durante los siglos XVIII y XIX enumeran los derechos civiles y políticos. Por aquella época, los derechos económicos y sociales eran considerados un subproducto del desarrollo de los derechos civiles y políticos” KARTASHKIN Vladimir, “Derechos económicos, sociales y culturales”, Pág. 168, en Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos, Serbal/UNESCO, 1984.

conjunto de condiciones materiales, esto es bienes, servicios y oportunidades para satisfacer sus necesidades y para desarrollar sus libertades individuales.

En términos de organización jurídica política, la noción de equidad supone que tanto los actores estatales, como los económicos y sociales adquieran un conjunto de obligaciones jurídicas que permitan hacer disponibles a cualquier persona el conjunto de condiciones materiales para su desarrollo integral, en un contexto social determinado y de acuerdo a los reconocimientos establecidos en su propio ordenamiento jurídico.

La irrupción de la noción de equidad, desarrollada a partir del pensamiento marxista-leninista¹², como motor generador de derechos humanos, esto es, como derechos inherentes a las personas que son anteriores y superiores a cualquier forma de gobierno, está en abierta oposición a los planteamientos liberales.

Sin embargo, a partir de principios del siglo XX se reconocieron e incorporaron los derechos económicos y sociales en instrumentos jurídicos del más alto rango dentro de los regímenes jurídicos de varios Estados¹³ que tenían una fuerte tradición liberal, pero sobre todo se incorporaron al régimen internacional de Protección de los Derechos Humanos¹⁴ a partir de la vigencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

¹² “En 1969, la Comisión de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos apuntó “la significativa contribución teórica y práctica de Lenin, eminente humanista, al desarrollo y consecución de los derechos económicos, sociales y culturales (...) y la influencia histórica de sus ideas y actividades humanistas en este campo” (resolución 16, XXV)”. KARTASHKIN Vladimir, “Derechos económicos, sociales y culturales”, Pág. 169, en Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos, Serbal/UNESCO, 1984.

¹³ Entre estos instrumentos que constituyen hitos jurídicos en la positivación de los derechos económicos y sociales cabe mencionar: La Constitución de los Estados Unidos de México, de 1917; La Declaración de los Derechos de los Pueblos Explotados, de 1918, que fue incorporada a la Constitución de la república Soviética Federativa socialista Rusa, de 10 de julio de 1918; la Constitución de Weimar de Alemania de 1919; La Constitución de la república Española, de 1931; La Constitución de la URSS, de 1937; la Constitución de Irlanda de 1937. En tanto que entre los instrumentos internacionales de alcance regional debemos mencionar: La Carta Social Europea, de 1961; el Código Social Europeo de la Seguridad Social, de 1964; La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; La Carta Interamericana de Garantías Sociales, de 1948; La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, de 1969; La convención Árabe de la Normativa Laboral, de 1967; y, La convención Árabe Sobre normativas de Seguridad Social, de 1971.

¹⁴ “El régimen internacional de los derechos humanos está construido alrededor de tres documentos y conjuntos de estándares principales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fue abierto a la firma de los Estados el 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue abierto a las firmas el 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En conjunto conforman lo que Donnelly llama “el régimen global de los derechos humanos”¹, un sistema de reglas y de procedimientos de implementación centrado en la Organización de las Naciones Unidas y cuyos órganos principales son la Comisión de Derechos Humanos de

El reconocimiento jurídico de los derechos sociales y económicos de los pueblos y las personas como derechos humanos, dividió ideológicamente al mundo contribuyendo al sostenimiento ideológico de regímenes socialistas y el cuestionamiento de los regímenes capitalistas. Desde esa perspectiva se articularon nociones de democracia hechas a la medida de las pretensiones que encerraban cada grupo de derechos humanos, por tanto la democracia socialista se articuló como el cumplimiento de los mandatos que supone para el Estado hacer disponibles las condiciones materiales para el ejercicio de los derechos sociales y económicos; en tanto que las democracias liberales insistían en que la “verdadera” democracia asigna al Estado la responsabilidad de garantizar el ejercicio de las libertades que concretan las pretensiones de los Derechos Civiles y Políticos.

También se promovieron nociones ideológicas que pretendieron armonizar los mejores aspectos de las propuestas capitalista y socialista, que en lo principal se manifiestan en el pensamiento de la social democracia y de la democracia cristiana. Cuyos postulados apelan a la justicia o equidad social sin renunciar a la protección de las libertades individuales y la protección estatal a la propiedad privada.

Con estos elementos y teniendo en cuenta que los Estados contemporáneos de tradición liberal ya habían sido permeados por las construcciones jurídicas de los derechos humanos económicos y sociales, la opción política para disolver las tensiones que esta contradicción conceptual, pero de trasfondo ideológico, genera en el discurso homogenizador de los derechos humanos como valor democrático, fue hacer valoraciones diferenciadas entre unos y otros derechos a pesar de que ambos fueron incorporados a los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados. Al respecto es ilustrativa la afirmación de Víctor Abramovich y Christian Curtis, que data apenas de 1998:

“No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos económicos, sociales y culturales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas

la ONU y el Comité de Derechos Humanos.” SANTOS Boaventura, LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO, Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, en www.uasb.edu.ec/padh/cursos/lecturas/La%2520globalizacion%2520del%2520derecho.rtf+boaventura+de+so+usa&hl=es

intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos económicos sociales y culturales son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, como el caso de la gran mayoría de derechos civiles y políticos. De acuerdo a esta visión, estos últimos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente.”¹⁵

La valoración diferenciada que en la práctica han adoptado los Estados contemporáneos, se ha materializado básicamente a través de dos estrategias, la una que subordina el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos y sociales a la disponibilidad de recursos financieros bajo la premisa que los bienes, servicios y prestaciones públicas que efectivizan estos derechos en la vida cotidiana de las personas no constituyen una prioridad de inversión pública ni una justificación suficiente para organizar jurídicamente la redistribución de las utilidades generadas en las actividades económicas privadas.

En tanto que el Estado, desde las nociones liberales, no podría argumentar lo mismo para restringir el ejercicio, por ejemplo, del derecho a votar que solo es posible de ejercer en medio de un proceso electoral para el que son necesarios ingentes recursos; o retirar la cobertura de los servicios de justicia y policía que están asignados, entre otras cosas, a proteger la propiedad privada, y cuyo mantenimiento es también gravoso para las finanzas públicas¹⁶ que se nutren de recursos privados.

Dicho en términos sencillos, en el orden de prioridades de inversión pública los derechos civiles y políticos son mejor servidos que los derechos económicos y sociales, lo cual expresa contundentemente la valoración diferenciada que tienen unos y otros desde los parámetros de la gestión, cobertura y protección estatal reales.

¹⁵ ABROMOVICH Víctor y CURTIS Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en <http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332o.htm>

¹⁶ Ver, BOLIVAR Ligia, Derechos económicos sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes, en Serie de Estudios Básicos de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

La otra estrategia a través de la cual se expresa la valoración diferenciada que los Estados contemporáneos hacen entre los derechos civiles y políticos frente a los derechos económicos y sociales, consiste en definir con mayor precisión y cobertura las instancias, mecanismos, procedimientos y sanciones jurídicas que sirven para procesar la violación a un derecho civil y político tanto dentro del ordenamiento jurídico interno cuanto en el orden internacional. Para ilustrar esta estrategia basta comparar lo que sucede en caso de violación del derecho a la libertad de prensa (DCP) frente al derecho a la salud o nutrición de los niños (DESC). Pues la base técnico jurídica, la efectividad y la violencia con que reacciona el sistema penal frente a quienes impiden la libertad de prensa es mucho más contundente, que en aquellos casos en que una autoridad pública ha tomado una decisión de carácter general que restringe, viola o impide el derecho a la alimentación de los niños menores de 6 años.

Así mismo cabe subrayar que las instancias internacionales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas contemplan mecanismos coercitivos para procesar las violaciones de derechos civiles y políticos, en tanto que para las violaciones a los derechos económicos y sociales, la regla general, es que los mecanismos de protección no tienen fuerza coercitiva para obligar a los Estados a cumplir con sus obligaciones en esta materia¹⁷.

Es decir que los mecanismos de exigibilidad jurídica son, en términos generales, mucho más eficaces para los derechos civiles y políticos, y deliberadamente ineficaces o

¹⁷ “Como resultado de los primeros dos pactos [se refiere al PDCP y al PIDESC], en el sistema de derechos humanos de la ONU se tiende a hablar de dos categorías principales de derechos: los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, en algún momento denominados “primera” y “segunda generación” de derechos.

Según algunas interpretaciones, los derechos sociales y económicos solo representan “metas”, en tanto que los derechos civiles son los únicos “verdaderos”. Este tipo de razonamiento ha sido rechazado por la ONU de manera rotunda. Al concluir la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, en 1993, los representantes de los 171 países adoptaron la Declaración de Viena y afirmaron que “Todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados”. Con esto se reafirmó la intención original de los creadores del sistema de derechos humanos, quienes dieron a los civiles y políticos igual peso que a los económicos, sociales y culturales. Sin embargo, los mecanismos de supervisión y aplicación de los primeros continúan siendo superiores a los mecanismos de los segundos”. CUELLAR Roberto y PACHECO Gilda, *Derechos Humanos de las Mujeres: paso a paso*, Pág.13 y 14, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/ Women, law & Development International / Human Rights Watch, San José, 2000.

inexistentes para proteger derechos económicos y sociales, a lo cual se suma el tratamiento diferenciado que los sistemas de protección internacional con alcance regional dan a los derechos humanos si las violaciones suceden en los países del mundo desarrollado o en los países considerados “pobres”, sobre todo entre los países que no pertenecen a la Comunidad Europea, en ese sentido Boaventura de Sousa Santos al examinar los sub-régimenes regionales de protección internacional de los derechos humanos (el europeo, el interamericano, el africano, el asiático y el del Medio Oriente) ha señalado:

“Lo que distingue el régimen europeo -establecido por los miembros del Consejo de Europa en 1950- no es tanto la normatividad sustantiva sobre derechos humanos, sino el poder de monitoreo muy fuerte de la Comisión Europea de los Derechos Humanos y los poderes de decisión vinculantes de la Corte Europea de Derechos Humanos (...) El régimen interamericano, en la medida en que no incluye los derechos económicos, sociales y culturales previstos en los pactos europeos, es significativamente más estrecho que el europeo (...) El régimen africano es más bien débil y determinado por confrontaciones ideológicas (...) Mientras que fuera de Europa los regímenes de derechos humanos son notablemente débiles, en Asia y el Medio Oriente no existe ninguno”¹⁸

Ambas estrategias de valoración diferenciada de los derechos humanos, sumadas a la práctica recurrente de utilizar la comunicación masiva como medio para “magnificar” o “invisibilizar” las violaciones de derechos humanos ya sea por cuestiones de orden político, económico o geoestratégico de los países y actores con poder de control sobre estos medios, ha determinado que las violaciones de derechos humanos cometidas por los actores económicos gocen de impunidad incluso con la ayuda del aparato estatal, al respecto Santos anota:

“La formación y la consolidación de bloques comerciales regionales y la creciente competencia global entre ellos pueden justificar nuevas transacciones entre las ventajas comerciales y los problemas relacionados con los derechos humanos, no sólo dentro de la periferia sino también dentro de los países centrales de cada uno de los bloques (...) la

¹⁸SANTOS Boaventura, LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO, Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, en www.uasb.edu.ec/padh/cursos/lecturas/La%2520globalizacion%2520del%2520derecho.rtf+boaventura+de+so+usa&hl=es

globalización de la economía está engendrando actores globales que tienen una gran influencia económica y política. Por su carácter privado, estos actores económicos pueden cometer violaciones masivas de los derechos humanos con total impunidad en diferentes partes del mundo, aprovechando las libertades ampliadas de movimiento y acción dentro y fuera de los bloques comerciales, diseñadas a favor del desarrollo del mercado. Debido a que dichos actores están en el centro de las pérdidas de soberanía económica nacional, es improbable que sus acciones, sin importar qué tan ofensivas sean para los derechos humanos, choquen con consideraciones de interés nacional o de seguridad, que podrían en otras circunstancias provocar la intervención correctiva o punitiva del Estado.”¹⁹

1. 3. Los conflictos culturales que los derechos humanos generan desde su pretensión de universalidad²⁰

La tensión radica en la imposibilidad teórica de encontrar una fundamentación convincente de la validez universal de los derechos humanos, que permita sostener incontrovertiblemente que tales derechos deben ser necesariamente comunes a todas las personas, Estados y culturas, y que por tanto éstas están compelidas a respetar y aplicar tales derechos.

La debilidad teórica de la fundamentación a la pretensión de universalidad de los derechos humanos ha desembocado en la aparición de la corriente realista por la que, tanto teóricos como activistas de derechos humanos, han partido de negar el problema y han planteado que el conflicto está “de alguna manera resuelto” por la Declaración Universal de Derechos Humanos que “representa la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto reconocido: esta prueba es el consenso universal frente a su validez”²¹

¹⁹SANTOS Boaventura, LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO, Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, en www.uasb.edu.ec/padh/cursos/lecturas/La%2520globalizacion%2520del%2520derecho.rtf+boaventura+de+so+usa&hl=es

²⁰ Este apartado recoge un segmento de la ponencia “La pretensión de universalidad de los derechos humanos” presentada, por el autor de esta tesis, al “PRIMER CONGRESO ECUATORIANO DE ANTROPOLOGIA JURÍDICA Y PLURALISMO LEGAL”, organizado por la Red Ecuatoriana de Antropología Jurídica, Quito, Septiembre, 2003.

En ese sentido Norberto Bobbio señala:

“El problema que se nos presenta, en efecto no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir, que a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados (...) Se entiende que la exigencia de “respeto” a los derechos humanos y las libertades fundamentales nace de la convicción generalmente compartida de que están fundados: el problema del fundamento es ineludible. Pero cuando digo que el problema cada vez más urgente frente al que nos encontramos no es el problema del fundamento, sino de las garantías, quiero decir que consideramos el problema del fundamento no como inexistente sino como, en cierto sentido, resuelto, de tal modo que no debemos preocuparnos más de su solución”.

Esta aparente “solución” al problema de la fundamentación es precisamente la que activa la crítica culturalista, pues no solo se trata de que no hay una fundamentación válida, sino que se opta por saltar el problema apelando a un supuesto consenso histórico mitificado y magnificado con base en la suscripción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, al cual muchos individuos e incluso naciones no se han adscrito, argumentando además que, aunque no se pueden fundamentar la existencia de estos derechos, es necesario garantizarlos, sobre todo por razones políticas.

Estas razones políticas están relacionadas con la forma de comprender y perpetuar una cosmovisión de la civilización humana, es decir que en la visión liberal moderna de los derechos humanos, los únicos valores que deben tenerse por universales y consecuentemente otorgarles la mayor cobertura jurídica posible son precisamente aquellos que plantea la cosmovisión occidental en la que se sostiene su prototipo de organización jurídico política ideal: el Estado de derecho liberal. Lo que equivale a restar reconocimiento social y político a los valores y prácticas de las culturas que no son, o no aspiran a ser modernas, o que no pueden ser subsumidas nómicamente en el orden social creado en el marco de ese Estado de Derecho Liberal.

²¹ BOBBIO Norberto, “Presente y Porvenir de los Derechos Humanos”, Pág. 10, en Anuario de los Derechos Humanos, 1981.

Esta falta de reconocimiento actúa, teórica y prácticamente, en los relacionamientos políticos, jurídicos y sociales entre los modernos occidentales y los no modernos de cualquier parte del mundo. Lo cual implica que cuando la institucionalidad del Estado se ha constituido inspirada en el paradigma moderno de la universalidad de los derechos humanos (o más bien en el mito de la universalidad²²), la regla general que opera en estos relacionamientos es la deslegitimación de toda práctica jurídica, cultural o política que sea diversa o que sea considerada adversa al discurso moderno de los derechos humanos.

A veces esta deslegitimación adopta la forma de una condena y combate abiertos a determinadas prácticas culturales y en otras ocasiones se opta por tolerar (en la acepción liberal clásica²³ de este término) la realización de ciertas prácticas culturales omitiendo inicialmente su intervención en ellas pero reservándose la potestad última de calificar su legitimidad y por supuesto su legalidad en caso de que los hechos que las constituyen adquiriesen relevancia pública para el orden jurídico-político del Estado o para el orden internacional, al respecto Santos señala:

“Ya he dicho que mucho de lo que se presenta como cultura global es, en realidad, un localismo globalizado [²⁴], un proceso cultural mediante el cual una cultura local

²² "Cassese, nos plantea la universalidad como un mito en el mundo actual. La observancia de los derechos humanos difieren de país en país y los derechos humanos se conciben de manera distinta. Sin embargo la humanidad dispone de extensos textos normativos que indican cuáles son los derechos y las libertades fundamentales que corresponden, en principio, a cada individuo de la Tierra, y qué auto limitaciones han de imponerse los Estados para garantizar esos derechos y libertades. Esos textos han sido elaborados dentro de Naciones Unidas.... Estos instrumentos señalan unos mismos parámetros de conducta para todos los Estados. Sin embargo, sería poco realista que diseñasen, rígidamente, para todos los países del mundo, el mismo esquema de relación entre el gobierno y los individuos; en otras palabras, que proyectasen, a nivel mundial, el mismo modelo de sociedad y el mismo modelo de Estado.... Como se puede apreciar la Declaración y los Pactos intentan consagrar unos parámetros del alcance universal que, por lo menos tendencialmente, deberían ser válidos para todos los Estados del mundo y, tener así, como beneficiarios a todos los habitantes de la Tierra. ¿Pero es real esta relativa universalidad? Esos parámetros, esos preceptos universales, ¿se entienden, se perciben y se ponen en práctica en todo el mundo del mismo modo o hay diferencias y distanciamientos mayores que los permitidos por los parámetros mismos?" CASSESE Antonio, citado por BARTOLOMEI María Luisa, en Universalismo y diversidad cultural en Latinoamérica, Págs. 545 a 547, Serie: Estudios Básicos en Derechos Humanos, Tomo VI.

²³ El concepto de tolerancia surgió, como se sabe, de las luchas de los burgueses liberales europeos contra la dominación feudal. Es un concepto pasivo, consistente en aceptar las ideas del otro en la medida en que el otro acepte las mías. En este sentido, es insuficiente desde la perspectiva del multiculturalismo actual, pues es un concepto unido a una cierta cultura del individualismo, muy ligado, por cierto, a una visión protestante del cristianismo, y ajeno a muchas culturas del mundo.

²⁴ "Localismo globalizado. Consiste en el proceso por el cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito. Usualmente la globalización de prácticas locales se origina en el centro del

hegemónica se come y digiere, como un caníbal, otras culturas subordinadas. La nueva ola de "derecho y modernización" en el mundo periférico y semiperiférico, que se expande a medida que la integración de estas regiones en la economía capitalista mundial se amplía y profundiza, es una buena manifestación de este fenómeno. La resistencia de las diferentes culturas jurídicas varía, pero, sin tener en cuenta otros factores políticos, es probable que sea más alta en áreas que tienen que ver con los ideales de moralidad y buena conducta, la dignidad humana y la vida buena, como es el caso de los derechos humanos.

En estas áreas jurídicas similares, la destrucción caníbal de las culturas locales puede llevar a toda una gama de resultados "desviados", tales como la adopción oportunista de políticas de derechos humanos con el fin de complacer a las potencias hegemónicas extranjeras o a las agencias internacionales, los parámetros extremadamente bajos y altamente selectivos de ejecución de los derechos humanos, y la distancia cultural y la apatía social ante las violaciones de los derechos humanos y la consecuente dificultad para organizar las luchas sociales y construir coaliciones para oponerse a dichas violaciones y provocar el castigo de los violadores."²⁵

Para concluir el abordaje de las tensiones operantes entre las nociones de derechos humanos y democracia respecto del individualismo que subyace a la concepción liberal de los derechos humanos; la valoración diferenciada que subsiste entre los derechos humanos civiles y políticos (de matriz liberal) frente a los derechos humanos sociales, económicos y culturales (de matriz socialista); y, los conflictos culturales que los derechos humanos generan desde su pretensión de universalidad, consideramos plausible sostener que, desde tales tensiones, la noción hegemónica de democracia liberal ha instrumentalizado la construcción, uso y apropiación de los derechos humanos tradicionalmente relacionados con la comunicación lo cual restringe las posibilidades reales de generar una formulación del derecho a la comunicación desde la cual sea posible garantizar el ejercicio de la potestad deliberativa de los ciudadanos, que a su vez

sistema mundial y son después expandidas y diseminadas a la periferia y a la semiperiferia". SOUZA María, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Núm. 3-2000, en <http://www.uv.es/CEFD/3/Santos.html>

²⁵SANTOS Boaventura, LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO, Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, en www.uasb.edu.ec/padh/cursos/lecturas/La%2520globalizacion%2520del%2520derecho.rtf+boaventura+de+so+usa&hl=es

permita construir, de-construir y re- construir permanentemente la participación en democracia.

1.4. La pretensión emancipatoria de los derechos humanos y su proyección

Sin embargo de todas las tensiones que son intrínsecas al discurso de los derechos humanos de vertiente liberal, es necesario recordar que surgieron históricamente como una propuesta emancipatoria que fundamentó la destrucción de los privilegios y abusos cometidos por el clero y la nobleza del sistema feudal y al mismo tiempo sustentó ideológicamente la instauración del sistema económico basado en la libertad de mercado; pero también hay que tener presente que en el proceso de construcción permanente de estos derechos fue posible reconocer, también con pretensiones emancipatorias, la formulación de los derechos económicos y sociales a pesar de las restricciones de orden práctico que ha tenido su ejercicio tanto en el ámbito de control de los Estados cuanto en el ámbito de interacción del régimen internacional de relaciones entre Estados.

En este contexto complejo, lejos de deslegitimar el discurso de los derechos humanos por el uso parasitario, selectivo o restrictivo que de él han hecho los países capitalistas hegemónicos que han consolidado el proceso de dominación global imperial²⁶, es necesario abrir las puertas u opciones que tal discurso y sus prácticas han generado respecto de los derechos humanos, esto es, la incorporación de los derechos humanos al Derecho Constitucional de los Estados formados en los países dominantes y dominados, así como el establecimiento de un orden internacional de protección de los derechos humanos cuyos actores, aunque inicialmente fueron solo los Estados, está abriéndose lenta pero progresivamente a las coaliciones transnacionales de actores sociales.

En estas dos puertas u opciones cabe librar la batalla por la resignificación de los derechos humanos como pretensión emancipadora contemporánea, es decir como

²⁶ “Las pretensiones reguladoras y emancipadoras de la modernidad, que ya habían sido diseñadas para ajustarse al capitalismo en Occidente, fueron rediseñadas para ajustarse al capitalismo occidental como empeño global, es decir, como imperialismo. Como cualquier otra dimensión de la modernidad occidental, los derechos humanos fueron "universalizados" por procesos sucesivos de diseño y rediseño. Dentro del marco analítico que adopto en este libro, sugeriría que los derechos humanos han sido universalizados como localismo globalizado occidental. Si miramos la historia de los derechos humanos en el período de la posguerra, no es difícil concluir que las políticas de derechos humanos han estado claramente al servicio de los intereses económicos y geopolíticos de los países capitalistas hegemónicos” SANTOS Boaventura, LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO, Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, en www.uasb.edu.ec/padh/cursos/lecturas/La%2520globalizacion%2520del%2520derecho.rtf+boaventura+de+so+usa&hl=es

discurso que articule, valore y legitime las pretensiones sobre dignidad humana que la época nos impone. Desde esta perspectiva es necesario reconocer que la reformulación de las prácticas, de los discursos institucionales y de los discursos normativos dominantes debe partir de las contradicciones que se han visibilizado respecto de la potestad regulatoria y legitimante de los derechos humanos, dejando de lado la posición de recepción no crítica del discurso de los derechos humanos o la sumisión no deliberativa al uso moral e ideológico que el capitalismo contemporáneo promueve.

Como se verá más adelante, es desde esta posición crítica que el presente trabajo explora la posibilidad de formular el derecho humano a la comunicación como condición de posibilidad de la participación democrática.

2. Democracia y participación

La noción de democracia moderna planteó desde sus raíces conceptuales tener mayores y mejores posibilidades para organizar la vida de los Estados contemporáneos porque básicamente era presentada como una forma de gobierno opuesta al autoritarismo, es decir como una forma de organizar el poder político con límites precisos constituidos por los derechos humanos²⁷ y como un mecanismo de regular la potencial participación de todos los ciudadanos por alcanzar tal poder. Tenía en ese sentido una pretensión emancipatoria que hacía pensar a los ciudadanos que las experiencias presentes de vida y organización socio-política pueden ser, y de hecho van a ser, superadas y mejoradas en cuanto se adquiera como forma de gobierno a la democracia.

Esta pretensión emancipatoria se sintetizó en la promesa de progreso continuo y colectivo que caracteriza a la modernidad, y que nos llevó a creer que la noción de bien común gestionada desde las prácticas democráticas encerraba el mandato de aumentar progresiva e ilimitadamente el bienestar de los asociados en el Estado, es decir de los ciudadanos que lo constituyen. Esa era la dinámica que planteaba el contrato social de Rousseau, por el cual se aspiraba a una sociedad en la que, con base en los derechos

²⁷ “(...) para ser precisos, es necesario decir que la democracia de los antiguos es una democracia no liberal. Entonces, era una democracia solamente en el sentido de la participación de los ciudadanos en el poder, pero sin que fueran garantizados esos derechos que forman parte de las Constituciones modernas (...) Puedo incluso agregar que, justamente por esto, los antiguos no reconocieron jamás, o raramente, a la democracia como la mejor forma de gobierno. Porque no veían sus límites, y no se los veían porque su democracia no estaba fundada sobre los derechos fundamentales.” BOBBIO Norberto, *Fundamento y Futuro de la Democracia*, págs. 41 y 42, Edival, Valparaíso, 1987.

inherentes a las personas, ningún hombre fuera tan rico para poder comprar a otro y ninguno sea tan pobre para tener que venderse a otro.

Pero como ya analizamos al tratar el tema del individualismo subyacente a la dinámica neoliberal, esa expectativa no solo ha sido destruida sino que en la práctica ha resultado invertida por los actores que controlan la economía y la política en muchas de las llamadas democracias contemporáneas; es decir que, las expectativas de cambio que tienen actualmente la mayoría de ciudadanos, sometidos a la dinámica hegemónica²⁸ de la democracia liberal representativa, son que las condiciones vida y la organización socio-política del Estado seguramente empeorarán su situación actual; en ese sentido Santos anota:

“Esa posibilidad de que las expectativas sobrepasen las experiencias es fundamental para nuestra interpretación del mundo, y para llamar esa discrepancia usamos diferentes palabras: progreso, desarrollo, modernización, revolución, reformismo. En suma espera con esperanza. Hoy vivimos un tiempo en que, para la gran mayoría de la población mundial, la idea es que si hay una reforma a la salud, a la seguridad social, o la educación, no es para mejorar sino para empeorar. Por eso la gran mayoría de la población espera sin esperanza. Pero no es simplemente que las expectativas son negativas, es que para una gran parte de la población mundial ni siquiera hay expectativas”²⁹

El defraudamiento que en la práctica realiza la democracia liberal representativa respecto de las pretensiones que tenía la noción originaria de democracia moderna y las expectativas que alrededor de esa noción tenían los ciudadanos nos llevan inevitablemente a preguntarnos ¿Por qué esta noción ha sido tan fuertemente distorsionada?

Respecto de tal cuestionamiento consideramos que el sistema capitalista es incompatible con una noción emancipatoria de democracia que incluya participación ampliada en la

²⁸ “Entendemos el concepto de hegemonía como la capacidad económica, política, moral e intelectual de establecer una dirección dominante en la forma de abordaje de una determinada cuestión, en este caso la cuestión de la democracia” SANTOS Boaventura y AVRITZER Leonardo, Capítulo Introdutoria: Para Ampliar el Canon Democrático, en Democratizar la Democracia, Civilização Brasileira, Río de Janeiro, 2003.

²⁹ SANTOS Boaventura, Conferencia presentada en el Foro social Mundial temático sobre Democracia, Derechos Humanos, Guerras y Narcotráfico, en Cartagena de Indias, junio de 2003.

definición de los asuntos de interés general y las formas de su procesamiento, por lo que consecuentemente, promueve una versión neoliberal de ella condensada en lo que reconocemos como democracia representativa, la cual apela al respeto irrestricto de las libertades negativas, entendidas como reductos de acción individuales e individualistas en que las personas deben realizar sus transacciones económicas y políticas; y, simultáneamente válida como la expresión totalizante de la participación de los ciudadanos en democracia el hecho de elegir gobernantes³⁰ a través de procesos electorales, en los cuales, la pluralidad de tendencias ideológicas puedan presentar candidatos en la competencia por captar el poder político; calificando así de países democráticos a aquellos que aceptan y adoptan sus prácticas y referentes formales, y de no democráticos o de democracias en consolidación a aquellos que no han alcanzado los niveles de formalidad requeridos³¹.

Desde esa perspectiva la democracia como tal y los procesos democráticos constituyen una suerte de procedimiento en que la participación de los ciudadanos se constriñe a definir quienes los gobernarán pero no tienen la posibilidad real de orientar, condicionar o determinar la forma en que el poder público debe ejercerse para procesar las demandas expectativas y necesidades que tienen los ciudadanos. Dicho en otros términos la democracia representativa permite definir *quién* tomara las decisiones con un grado de

³⁰ “Podemos definir a la democracia como aquel régimen que permite tomar decisiones con el máximo de consenso de los ciudadanos, fundado sobre los principios de libertad de modo que los ciudadanos puedan elegir a sus gobernantes, y, al mismo tiempo, fundado sobre el principio de estado de derecho, que es lo que obliga a los gobernantes a no exhorbitar su poder y a *ejercerlo* en el ámbito de un sistema de normas escritas”. BOBBIO Norberto, *Fundamento y Futuro de la Democracia*, pág. 46, Edival, Valparaíso, 1987.

³¹ “Las democracias solían ser pocas y casi todas estaban en la parte noroeste del mundo. Pero durante las últimas décadas muchas naciones se ha desembarazado de regímenes autoritarios. Entre esos países hay numerosas variantes. Algunos revistieron a nuevos tipos de autoritarismo (aún si celebran elecciones de vez en cuando), mientras que otros adoptaron claramente la democracia. Y todavía hay otros que parecen habitar un área intermedia: tienen un parecido de familia con las viejas democracias, pero carece de algunos de sus atributos claves, o solo los poseen precariamente (...)

Precisar los alcances reales de esta tipología teórica sobre las consolidaciones democráticas nos plantea dos tareas. Una es establecer un punto límite que separe todas las democracias de todas las no democracias. La ubicación de ese punto depende de las preguntas que hagamos, y por, lo tanto siempre será arbitraria. Se han propuesto muchas definiciones de democracia; la que encuentro particularmente útil es el concepto de “poliarquía” de Roberth Dahl (...) Según la define Dahl, la poliarquía tiene siete atributos: 1) funcionarios electos; 2) elecciones libres y limpias; 3) sufragio universal; 4) derecho a ser candidato; 5) libertad de expresión; 6) información alternativa; libre asociación (...) Habría que añadir otros atributos a la lista de Dahl. Uno es que los funcionarios electos (y algunos designados) no deberían ser arbitrariamente destituidos antes de que termine su mandato constitucional. Un segundo añadido es que las autoridades electas no deberían estar sujetas a restricciones fuertes, vetos o exclusión de ciertas esferas políticas, por parte de actores no elegidos, especialmente de las fuerzas armadas. En tercer lugar, debe haber de manera incontrovertible un territorio nacional que defina con claridad la población votante. Finalmente, una definición apropiada de la poliarquía debería también incluir una dimensión intemporal: la expectativa generalizada de que en un futuro indeterminado seguirá existiendo una vida electoral limpia con sus libertades implícitas.” O’DONELL Guillermo, “ilusiones sobre la consolidación”, en *Revista Nueva Sociedad*, N° 144, julio-agosto, 1996.

legitimidad reconocido por las mayorías, pero margina a estas mayorías de la posibilidad real de definir sobre *qué* se actuará, esto es de establecer los asuntos específicos de interés general que se incorporaran en las agendas de gobierno; y también las margina de definir *cómo* se actuará en el procesamiento de los asuntos públicos incorporados en la agenda de gobierno.

Al respecto los teóricos que apuntalan la noción procedimental que encierra la democracia representativa, tales como Shumpeter y Bobbio, han señalado que no es necesario definir los *qué* ni los *cómo* de la gestión que se encomienda a los elegidos para gobernar puesto que los asuntos de interés general ya fueron definidos en la enunciación de los derechos humanos y su incorporación al ordenamiento jurídico de cada Estado, en tanto que las formas en que se procesarán esos asuntos desde el poder público también están definidas en las leyes que organizan, limitan y controlan las potestades de los gobernantes para gestionar la cosa pública.

Sin embargo de que tal objeción en términos ideales resultaría admisible, lo cierto es que en términos reales las agendas de gobierno, constituidas bajo la dinámica de la democracia representativa, muy a menudo son divergentes y hasta opuestas a los mandatos, obligaciones y priorizaciones constitucionales, las cuales han sido formuladas como aquellas disposiciones supremas que dan sentido, condicionan y orientan la existencia del Estado; y a las cuales deben adscribirse y subordinarse los gobernantes de turno si quieren proclamar fundadamente legitimidad en el ejercicio del poder público.

Para apuntalar este planteamiento me permito transcribir un segmento de las reflexiones que formulé en torno a las agendas constitucionales y las agendas de gobierno en el marco de la elaboración del Informe Alternativo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ecuador, en el 2001:

“Hay al menos dos agendas públicas³² que coexisten en el ámbito nacional, la primera considerada sistemática o constitucional y la segunda considerada real o de gobierno.

³² En realidad hay muchos tipos de agendas públicas que pueden ir desde agendas mundiales, continentales, regionales, nacionales, locales hasta institucionales, dependiendo del conjunto de actores y problemáticas que se tomen en cuenta para su conformación.

La agenda sistemática comprende el conjunto de prioridades fijadas constitucionalmente como finalidades supremas de un Estado, y para cuyo cumplimiento debe servir el poder público en todas sus manifestaciones.

Desde los presupuestos de la agenda sistemática, todas las formas de gobierno (las funciones del Estado, los organismos seccionales autónomos, las instituciones públicas, etc.) deben desplegar sus recursos, capacidades y voluntades para realizar las finalidades o prioridades establecidas. De no hacerlo, sus actuaciones se constituirían en formas ilegítimas de ejercicio del poder público.

Por otro lado, la agenda real o de gobierno la constituye el conjunto de problemas, demandas, cuestiones, asuntos, que los gobernantes han seleccionado y ordenado como objetos sobre los que han decidido actuar prioritariamente.

En todos los casos la agenda pública se materializa a través de políticas públicas, que son los cursos de acción gubernamentales adoptados para enfrentar problemas considerados públicos.

Existen dos grandes tipos de políticas públicas: 1) aquellas que sirven para la concreción de los objetivos estatales (políticas de Estado) y 2) aquellas que se implementan para satisfacer las demandas o necesidades que prioriza cada gobierno (políticas públicas gubernamentales).

En teoría, las políticas justificadas en la agenda sistemática constituyen el marco general de acción del Estado, que independientemente de la tendencia política del gobierno deben cumplirse y respetarse³³. Consecuentemente, tanto la agenda pública de gobierno como sus políticas públicas concretas deben ante todo cumplir una condición para que pueda afirmarse su legitimidad: la coherencia con la agenda sistemática.

³³ La Constitución del Ecuador no solo ha determinado las prioridades que definen la agenda constitucional y la forma en que éstas deberán ser atendidas, tales como el derecho al trabajo, a la vivienda, a elegir y ser elegido, al debido proceso, etc. Incluso, en determinados, casos ha establecido decisiones de política pública que definen el comportamiento del gobierno, cualquiera que este fuese, frente a un derecho en concreto; como la asignación presupuestaria anual que por mandato constitucional se asignará a Educación, según el Art. 71 de la Constitución no podrá ser menor al 30% de los ingresos corrientes del gobierno central.

Sin embargo, en países de la región, y, por tanto, en el Ecuador, quienes ejercen el poder de gobernar olvidan o ignoran voluntariamente esta noción básica de coherencia entre la agenda constitucional y la agenda de gobierno, y optan por implementar políticas públicas no solo inconexas sino abiertamente contrarias a la agenda constitucional.

Así se explica, por ejemplo, que el propio poder Ejecutivo promueva proyectos de ley para restringir los derechos de los trabajadores, como sucedió con la restricción del derecho a huelga de los trabajadores del sector público impulsada por el gobierno del Dr. Rodrigo Borja (1984-1988); o como sucedió recientemente con establecimiento de la flexibilización laboral que permite el trabajo por horas sin que el empleador esté obligado a respetar la estabilidad laboral y otros derechos y garantías constitucionales de los trabajadores, que fue una reforma impulsada desde el gobierno del Dr. Gustavo Noboa, ex Presidente del Ecuador; o cuando el Dr. Jamil Mahuad, en 1999, mientras se desempeñaba como Presidente de la República, ordenó mediante decreto ejecutivo el congelamiento de fondos bancarios pertenecientes a personas particulares, en una suerte de incautación injustificada del ahorro nacional, con la finalidad de beneficiar a los poderosos intereses de la banca privada.”³⁴

Es decir que, en el ejercicio del gobierno las distancias entre lo que mandan hacer las leyes y lo que realmente se hace, las distancias y contradicciones entre el *deber ser* y el *ser* de la gestión de gobierno, son tan grandes que resulta imposible afirmar que la democracia representativa haya cumplido con las expectativas de los electores por el mero hecho de haberlos llamado a elegir. Sin embargo de esta insoslayable contradicción la versión hegemónica de la democracia promovida desde el capitalismo, estos es, la democracia representativa, ha alcanzado tal centralidad en el debate político de las élites políticas y económicas, y tanto afianzamiento en el imaginario colectivo de las sociedades contemporáneas que existe la percepción generalizada de que los problemas de la democracia no se articulan en torno a mejorar y aumentar la participación de los ciudadanos para influir en la gestión de gobierno sino en cómo consolidar la representación política y como organizar las burocracias que sirven para la gestión pública de modo que ellas no sustituyan, minimicen o distorsionen el poder de los gobernantes al trasladar sus decisiones a la gestión pública cotidiana.

³⁴ Informe Alternativo sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDHDD-Ecuador, Quito, 2001.

De otro lado la versión hegemónica de la democracia que promueve el capitalismo aspira a deconstruir el rol social que el Estado había asumido tanto por la influencia de las tesis socialistas como de la social democracia, y que se expresaron en las democracias capitalistas a través la apuesta por construir el Welfare State o Estado de Bienestar.

En efecto autores como Moore y Przeworski, establecieron que la democracia no podía agotarse en el procedimiento para la elección de gobernantes, sino que su potencia organizadora de la convivencia pacífica y civilizada debía estar relacionada con las condiciones estructurales que tienen o no tienen los Estados para hacer accesibles a sus habitantes un conjunto de bienes, servicios y prestaciones que, con el carácter de públicos, permitieran gozar de un mínimo de condiciones materiales para su desarrollo individual y colectivo en términos de equidad.

La incidencia de esta corriente de pensamiento socio-económico y su carácter legitimador en el ejercicio del poder público empujó a los Estados a sacar del mercado ciertos bienes, prestaciones y servicios relacionados con derechos humanos y considerados indispensables para el desarrollo y el progreso de las personas y los pueblos, tales como educación, salud, seguridad social, etc.

A estos bienes y servicios les otorgó el Estado un carácter de disponibilidad pública que se sostenía a través de un ejercicio redistribución de la riqueza social articulado en base de políticas fiscales.

Esta corriente de pensamiento también empujó a los Estados a aumentar su potestad regulatoria en relaciones jurídico-sociales abiertamente desequilibradas como la contratación laboral o estratégicamente relevantes como el control de los mercados financieros, las telecomunicaciones y la explotación de recursos energéticos.

Sin embargo de los avances descritos, la ofensiva neoliberal articulada a partir de la década de los 80 con alcance global ha logrado progresivamente que se omita deliberadamente las referencias al rol social que el Estado debe cumplir y que consiste básicamente en desmercantilizar aquellos bienes y prestaciones sociales que son necesarios para el desarrollo integral de todos los asociados (ciudadanos), lo cual equivale a hacer accesibles esos bienes y prestaciones a todas las personas que los

requieran y sobre todo a aquellas que no tienen capacidad de pago para adquirirlos de oferentes privados.

Paralelamente la corriente neoliberal trata de imponer la práctica gubernamental que permita que el Estado se despoje, mediante procesos de recomposición institucional, de su rol regulador en las relaciones jurídicas inequitativas así como su potestad de control y organización sobre la producción, destino, uso y beneficios de bienes estratégicos.

Este avance hegemónico de la versión capitalista de la democracia ha tenido en el terreno de los imaginarios colectivos el poder para hacer creer a la generalidad de personas tres planteamientos³⁵, que confirman la tendencia a “esperar sin esperanza” de las que nos habla Santos, y que son:

1) Que la mundialización de la economía ha disuelto la capacidad ciudadana para la acción política;

2) Que la acción política de las clases desprotegidas en contra de la dominación económica se agota en la protesta sin llegar e generar propuestas viables para dar continuidad y proyección a su accionar

3) Que a pesar de la ineficacia y opresión del orden institucional, éste es impermeable a las reivindicatorias de los actores ciudadanos con pretensiones de equidad y solidaridad. Lo cual en buenas cuentas significa que nada se puede hacer para resignificar la democracia o actualizar sus pretensiones emancipatorias originarias.

Estas supuestas constataciones que han querido promoverse como conclusiones históricas, por supuesto, no son tales, es decir que todavía es posible (y de hecho se hace realidad en el accionar de los emergentes movimientos sociales) ampliar los cánones de participación de los ciudadanos en el juego democrático desde perspectivas clásicas y también desde perspectivas innovadoras.

³⁵ Ver, TOURAINE Alain, ¿Cómo salir del liberalismo?, PAIDOS, Barcelona, 2000.

Esta lectura de la democracia como un terreno de recreación complejo pero siempre inacabado de las relaciones de poder para generar formas de autoridad que le den cierto carácter nómico, de bienestar y de permanencia a las sociedades contemporáneas, es lo que propone la noción de “demodiversidad”³⁶, que parte de reconocer que aunque existe una versión hegemónica de la democracia ello no significa que sea la única versión existente o la única que es posible construir, luego, hay que reconocer que han existido y pueden existir otras formas de entender la democracia, diversas a la versión capitalista de la democracia representativa.

De entre esas versiones diversas se pueden levantar concepciones contra hegemónicas; es decir posiciones de resistencia a la unidireccionalidad que plantea la democracia liberal representativa y que al mismo tiempo generen o presenten opciones distintas para entender el rol de los ciudadanos o su participación, el papel del Estado y los límites del mercado en la configuración de la democracia.

Bajo este supuesto básico, consistente en que la democracia lejos de ser un instrumento de articulación y del poder político y de dominación social (que en los extremos puede expresarse como fascismo social) es en realidad un sistema de gestión del poder público orientado a propiciar el bienestar de las mayorías, es que planteamos el análisis del derecho a la comunicación como condición de la participación democrática, en tanto este derecho tendría la pretensión de recuperar la potestad deliberativa de los ciudadanos para participar en la definición de los asuntos públicos específicos en un contexto temporal y geográfico determinados así como la forma en que estos asuntos públicos serán tratados por los gobernantes electos. Así pues, la potestad deliberativa de los ciudadanos solo puede ser percibida como uno de los pilares más fuertes de la democracia en tanto su perpetua su redefinición tanto a nivel abstracto cuanto a nivel operativo, es decir, en la cotidianidad de las relaciones entre los individuos, entre éstos y el Estado y entre ambos y el mercado.

³⁶ “La comparación entre los estudios y debates sobre la democracia en los años 60 y en la última década nos lleva fácilmente a la conclusión de que en el nivel global se perdió la demodiversidad en los últimos treinta años. Por demodiversidad entendemos la coexistencia pacífica o conflictiva de diferentes modelos o prácticas democráticas (...) Sin embargo, a medida que esas prácticas políticas fueron perdiendo fuerza y credibilidad, se fue imponiendo el modelo liberal como modelo único y universal, y su consagración fue consumada por el Banco Mundial y el Fondo Monetarios Internacional al transformarlo en condición política para la concesión de empréstitos de ayuda financiera” SANTOS Boaventura y AVRITZER Leonardo, Capítulo Introductorio: Para Ampliar el Canon Democrático, en Democratizar la Democracia, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.

Con base en el análisis realizado en párrafos anteriores, la posibilidad de desarrollar una noción jurídica sobre el derecho humano a la comunicación como condición para la participación democrática no puede dejar de lado ese complejo conjunto de relaciones, interdependencias, complementariedades y tensiones que históricamente se han acumulado entre las nociones de democracia y derechos humanos, pero además debe integrar los elementos presentes en el tema de la participación ciudadana en el contexto político caracterizado como democrático.

CAPITULO II
ACERCAMIENTO A LOS DERECHOS HUMANOS TRADICIONALMENTE
RELACIONADOS CON LA COMUNICACIÓN

Las libertades tradicionalmente relacionadas con la comunicación se generan desde el inicio mismo de la concepción moderna del Estado. En efecto, ya en el siglo XVII las declaraciones de derechos inglesas de Petition of Rights y Bill of Rights contienen alusiones a las libertades de opinión y expresión; y la tendencia a incorporar estos derechos así como el de libertad de prensa se consolida en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia en 1776 y la Declaración Federal de Derechos de 1791 que contiene las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica; por su parte en Francia, la Revolución consagró en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 las libertades de opinión, expresión y prensa.³⁷

A partir de estos hitos jurídico-políticos en que se reconocieron y positivaron los derechos relacionados con la comunicación su desarrollo ha corrido paralelamente al de los demás derechos fundamentales puesto que han sido incorporados, con cierta ampliación y diversificación, en las Constituciones de los Estados y en instrumentos internacionales declarativos y vinculantes de Derechos Humanos.

Para ilustrar esta afirmación recogemos, de la Red de Información Jurídica³⁸ de la Comisión Andina de Juristas, dos cuadros que muestran como están positivados los derechos relacionados con la comunicación en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y en las Constituciones de los países andinos

³⁷ Ver NAVAS Marco, Los Derechos de la Comunicación, Págs. 56-60, INREDH/Punto de Comunicación, Quito, 2004.

³⁸ Ver en <http://www.cajpe.org.pe/rij/>

Los derechos relacionados con la comunicación en los Instrumentos internacionales sobre derechos humanos

<p>Declaración Universal de Derechos Humanos</p>	<p><u>Artículo 19.-</u> Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.</p>
<p>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre</p>	<p><u>Artículo IV.-</u> Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio.</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</p>	<p><u>Artículo 19.-</u> 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. <u>Artículo 20.-</u> 1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.</p>
<p>Convención</p>	<p><u>Artículo 13.-</u> <i>Libertad de pensamiento y expresión.</i></p>

Americana sobre Derechos Humanos	<ol style="list-style-type: none">1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:<ol style="list-style-type: none">a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, ob) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencia radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.
---	--

Los derechos relacionados con la comunicación en las Constituciones de la de los países de la Región Andina

Bolivia	<p><u>Artículo 7.-</u> Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: (...)</p> <p>b. A emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión.</p>
Chile	<p><u>Artículo 19.-</u> La Constitución asegura a todas las personas: (...)</p> <p>12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deber ser de quórum calificado.</p> <p>La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.</p> <p>Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.</p> <p>Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.</p> <p>El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.</p> <p>Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.</p> <p>La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica. (Último párrafo según Ley de reforma constitucional N°19742, del 25 de agosto de 2001).</p>
Colombia	<p><u>Artículo 20.-</u> Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir</p>

	<p>su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.</p> <p>Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.</p>
Ecuador	<p><u>Artículo 23.</u>- (...) el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes (derechos): (...)</p> <p>9. El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley. (...)</p>
Perú	<p><u>Artículo 2.</u>- Toda persona tiene derecho: (...)</p> <p>4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.</p> <p>Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.</p> <p>Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.</p>
Venezuela	<p><u>Artículo 57.</u>- Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa. (...)</p> <p><u>Artículo 58.</u>- La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución (...).</p>

Con base en la forma en que se ha positivado los derechos relacionados con la comunicación en los instrumentos jurídicos vinculantes que hemos citado, nos proponemos en este Capítulo ensayar una formulación conceptual de tales derechos, con la intención de ofrecer una interpretación técnico-jurídica de su contenido y alcances. En ese sentido las nociones conceptuales que se formulan en esta Tesis no sustituyen a las formulaciones legales vigentes, pero sí pretenden orientar la interpretación de sus alcances mínimos con sentido integrador, lo cual sin embargo, soporta la carga de la influencia liberal con que fueron creados y son re-creados estos derechos y muy a menudo han sido instrumentalizados en función de los intereses hegemónicos.

Desde nuestra perspectiva, los derechos relacionados con la comunicación para fines de este trabajo podrían integrarse en los siguientes: 1) derecho a la libertad de opinión; 2) derecho a la libertad de expresión; 3) derecho a la libertad de difusión; y 4) derecho a la libertad de información.

2.1. El derecho a la libertad de opinión

Consideramos que este derecho se configura como la potestad inalienable de las personas de formular y emitir juicios propios sobre cualquier asunto público o privado, sin que por ello pueda ser afectado y/o restringido cualquiera de los derechos de quien expresa su opinión; es en ese sentido un derecho absoluto, pues no admite que se legitime jurídicamente ningún tipo de retaliación que puedan generar las opiniones de una persona, o dicho en negativo, toda retaliación que afecte los derechos de una persona a causa de sus opiniones es necesariamente antijurídica y contraria a las nociones contemporáneas de democracia y Estado de derecho.

Este derecho es de una enorme potencia porque autoriza, legítima y promueve la resignificación constante de todo orden social que se caracterice a sí mismo como democrático, en tanto garantiza la posibilidad de disentir en libertad, y consecuentemente canalizar los disensos y consensos hacia la posibilidad de cambiar las reglas del propio juego democrático, aclarar sus rasgos y/o resignificar sus contenidos. En ese sentido opinar es un ejercicio ciudadano jurídicamente protegido que nos autoriza a cuestionar el status quo y presentar nuestro parecer, es decir nuestro pensamiento y preferencias en las esferas políticas, económicas, culturales, etc. respecto de cualquier cosa, incluido el propio orden social.

La presentación de estos “pareceres” puede, por tanto, realizarse en solitario, sin reflexión profunda, referirse a cuestiones coyunturales e incluso triviales de la vida cotidiana; de hecho este es el sentido y alcance que la hegemonía liberal operante en el mundo contemporáneo otorga en la práctica al derecho de opinar y también la que promueve a nivel conceptual e incluso legal.

Pero también la presentación de estos “pareceres” puede realizarse en asociación deliberativa con otros, partiendo de una compleja y profunda reflexión, así como articularse en un sofisticado análisis sobre el sentido mismo del orden social.

Así pues, el derecho a opinar tiene por la forma, el contenido y el objeto sobre la que se dirige, una gama infinita de posibilidades para crearse y recrearse en las interacciones cotidianas, y por lo tanto, niveles diferenciados de impacto en tales relaciones así como en la generación de sentidos (o discursos de sentido) que buscan adquirir validez general entre los miembros del grupo social y sus instituciones.

Sin embargo para efectos de acotar *la opinión* que nos parece relevante tutelar jurídicamente en relación con el orden democrático, debemos enfatizar que nos referimos a aquella que hace uso crítico de la razón para dar forma a la voluntad democrática del soberano, es decir, aquella opinión que delibera y busca incidir en el espacio público para que las decisiones tomadas desde el poder y la autoridad del Estado repercutan favorablemente en el mejoramiento de las condiciones de vida de las mayorías; vale decir, para que efectivicen la promesa democrática de procurar en cada decisión del Estado el bien común. En ese sentido Nuria Cunill, al explorar el tema de la formación de la opinión y voluntad políticas desde los argumentos de Jürgen Habermas, sostiene “Es en el espacio público político donde se produce el proceso de generación comunicativa del poder legítimo”³⁹.

Así pues definimos, para los fines de esta Tesis, al ámbito público o esfera pública como aquella que cumple la función de mediar entre Estado, el mercado y la sociedad civil;

³⁹ CUNILL Nuria, *Repensando Lo Público A Través De La Sociedad*, pág. 51, CLAD/Nueva Sociedad, Caracas, 2000.

entre política y economía, entre constitución política y constitución real de una sociedad, entre norma general y los intereses y necesidades particulares de los ciudadanos⁴⁰.

Para graficar la noción de espacio público partimos de reconocer que existen tres ámbitos en que la sociedad moderna se reproduce: el ámbito estatal, el ámbito de la economía y el ámbito de la sociedad civil. Estos tres ámbitos contemplan sus propias instituciones, actores y reglas para poder perpetuar su existencia, pero permanentemente compiten entre ellos para llevar sus intereses al espacio público, pues una vez allí se convierten en asuntos cuyo procesamiento impacta a todos (favorablemente a unos y desfavorablemente a otros). En ese sentido el espacio público es un territorio intermedio que crece y se contrae en función de los *inputs* que recibe de los ámbitos económico, estatal y de la sociedad civil, y por tanto el espacio público está siempre en permanente redefinición.

Es interesante el aporte que en este sentido formula el profesor José Perla Anaya al analizar los alcances constitucionales de este derecho en el Perú:

“La libertad de opinión es un derecho absoluto, es decir que no admite restricción alguna, pues nadie puede ser condenado por la posición que ha asumido respecto a un asunto. Implica la facultad de emitir juicios sobre los datos recogidos o hechos conocidos y de exponer sobre ellos los puntos de vista, análisis o críticas que se juzguen pertinentes. Este derecho se sustenta en la convicción de que todas las opiniones concurren a la formación de corrientes de pensamiento y de que es legítima la expresión de adhesión o rechazo a determinados hechos y personas...”⁴¹

Ahora bien, dado por sentado que tenemos un acuerdo de nivel teórico respecto de que la libertad de opinión es un derecho absoluto, esto implicaría que todas las limitaciones legales al pleno ejercicio de este derecho son ilegítimas *per se*, aún aquellas que desde las posiciones e intereses de los actores que intervienen en el

⁴⁰“El ámbito de lo privado es el relativo a los diversos intercambios libres (competitivos o corporativos) entre individuos para la obtención de utilidades reservadas y exclusivas. El ámbito de lo público rebasa, en cambio, la restricción individual, privativa, y concierne a lo que es accesible y disponible sin excepción para todos los individuos de la asociación política, y lo que puede ser argumentado como algo que es de interés y utilidad para todos los individuos de la asociación política” AGUILAR Luis, *El Estudio de las Políticas Públicas*, p. 28, Editorial Porrúa, México 1992.

⁴¹ PERLA ANAYA José, “La información, las comunicaciones y el derecho”, Universidad de Lima, Lima, 2000.

juego democrático puedan ser consideradas disruptivas de orden social y político establecido en una sociedad determinada; sin embargo esto no implica que quienes han sido aludidos o se han sentido afectados por la exteriorización de determinada opinión tengan la obligación de aceptar pasivamente las afirmaciones que en su contra se han formulado.

En efecto, a quien se siente afectado por las opiniones vertidas sobre sí, sobre su conducta o sobre los valores que considera indispensables para el mantenimiento del orden social le asiste el derecho a tener y expresar su propia opinión sobre cualquier cosa, incluidas las personas que opinaron anteriormente o los asuntos sobre los que ellas opinaron. Este carácter dialógico y dialéctico que tienen el derecho a opinar es lo que le singulariza como cimiento de la potestad deliberativa que tienen o debería tener los sujetos en una sociedad que se auto denomina como democrática y por tanto su ejercicio debería gozar de los mismos medios y condiciones para ser ejercidos por todas las personas, vale decir sin discriminación alguna e independientemente del poder real o formal que detentan los sujetos en el contexto de una sociedad determinada.

Desde esta consideración surge una responsabilidad específica para el Estado y los medios de comunicación con respecto al derecho de opinión, que consiste en garantizar igualdad de condiciones y de medios para quienes opinan y para quienes se sienten afectados y requieren también opinar.

Aunque el debate respecto a este tema no ha terminado, los avances para cumplir esta responsabilidad del Estado pasan por ejercer su potestad reguladora e incorporar en las legislaciones y en las prácticas jurídico administrativas el derecho de réplica, que básicamente es aquella potestad que tienen las personas, que han sido aludidas o afectadas por opiniones vertidas en un medio de comunicación social, para expresar su propia opinión respecto de esas opiniones en el mismo medio y en las mismas condiciones que tuvo quien opinó inicialmente.

Finalmente cabe señalar que las posiciones doctrinarias sobre el contenido y límites del derecho a la libertad de opinión no son homogéneas, por ejemplo para la Comisión Andina de Juristas este derecho es:

“La facultad que tiene toda persona de adoptar y mantener sus convicciones o creencias sobre aspectos de cualquier índole, sean políticas, filosóficas, religiosas, etc. La opinión al formarse y mantenerse en el fuero interno de cada uno, se vuelve inaccesible para los demás y origina que el derecho en mención sea absoluto e ilimitado”⁴²

Algunas reflexiones nos provocan esta definición: en primer lugar nos parece una conceptualización más cercana a la libertad de conciencia que a la libertad de opinión en tanto su eje central son las “convicciones y creencias que se forman y se mantienen en el fuero interno” y no los pareceres que se exteriorizan por cualquier medio sobre asuntos públicos o privados.

En segundo lugar consideramos que el carácter de absoluto del derecho a la libertad de opinión no proviene de su condición de “inaccesible en tanto se forma y se mantiene en el fuero interno”⁴³; sino que la opinión, en tanto pensamiento que se comunica a otros(s), tiene el carácter de derecho absoluto por la función política que tiene en los Estados que son o que buscan afirmarse como democráticos, y que en fin de cuentas, consiste en la necesidad jurídico-política de proteger la libertad para disentir, como presupuesto legitimante y fundacional de la democracia.

En tercer lugar uno puede cuestionar la solidez de esta definición cuando se examina la ambigua posición que sobre la exteriorización de la opinión personal sostiene la Comisión Andina de Juristas en el mismo texto citado. En efecto, por una parte afirma:

“Una vez que la opinión sale del fuero interno de las personas, y se da a conocer a los demás, nadie puede ser víctima de ninguna clase de agresión o violación a sus derechos fundamentales por tener determinadas ideas.”⁴⁴

⁴² COMISION ANDINA DE JURISTAS, Protección de los Derechos Humanos: definiciones operativas, pág. 210, CAJ, Lima, 1997.

⁴³ Es un principio de derecho ampliamente reconocido que ninguna persona puede ser juzgado por los pensamientos que tiene, ya que la palabra es acto justiciable solo a partir de cuando es pronunciada o difundida por cualquier medio.

⁴⁴ Ibid. Pág. 211

Tesis con la que estamos en total acuerdo, sin embargo en el siguiente párrafo se afirma:

“Resulta de suma importancia remarcar finalmente que la opinión, mientras se encuentra en la mente de las personas, está protegida de manera absoluta; pero, una vez que esa opinión se exterioriza, estamos frente a un ejercicio de libertad de expresión, no encontrándose sujeta a censura previa de la difusión de la opinión, pero sí a responsabilidades posteriores.”⁴⁵

Resta decir que no es jurídica ni políticamente conveniente o correcto homologar la exteriorización de la opinión con la libertad de expresión, básicamente porque cuando las personas exteriorizamos nuestra opinión todo lo que hacemos es presentar nuestro “parecer” sobre determinado asunto sin que estemos obligados a ofrecer sustento objetivo (pruebas) de nuestras afirmaciones pues la opinión implica la exteriorización de la posición subjetiva de cada quien.

Distinto es el caso del derecho a la libertad de expresión que se refiere a la forma, a los medios y a los contenidos que se expresan públicamente y su compatibilidad con la regulación jurídica de una sociedad democrática y respetuosa de los derechos de todos.

No está por demás precisar que endilgar la comisión de infracciones jurídicas o atribuir la condición de delincuente a cualquier persona tratando de escudarse para ello en la “libertad de opinión” es incompatible con una adecuada lectura de este derecho en un contexto democrático y jurídicamente organizado, pues hacerlo equivale a injuriar; y, como es conocido, las injurias son un delito sancionable en todo ordenamiento jurídico. Dicho llanamente, las personas podemos opinar sobre quien sea y/o sobre cualquier cosa, siempre y cuando esas opiniones no conlleven afirmaciones o insinuaciones que deben ser demostradas fácticamente para acreditarse como válidas.

⁴⁵ Ibid. Págs. 211 y 212

2.2. El derecho a la libertad de expresión

Entendemos que este derecho consiste en que las personas pueden utilizar cualquier medio, canal, forma o estilo para exteriorizar sus ideas y su creatividad sobre cualquier asunto o persona, ya sea pública o privada, sin que puedan ejercerse legítimamente formas de control o censura previas; pero en todos los casos, los actos de expresión están sujetos a las consecuencias jurídicas que puedan devenir de un uso abusivo de esta libertad siempre que tal abuso se haya tipificado previa y expresamente en el ordenamiento jurídico de cada Estado y que tal tipificación sea coherente con el ordenamiento constitucional y el mandato universal que tienen los Estados de garantizar el pleno e integral ejercicio de los derechos humanos. Al respecto el profesor Perla Arnaya sostiene que:

“La libertad de expresión radica en la posibilidad de utilizar cualquier forma de exteriorización de las ideas y de la creatividad. Enunciada en otros términos, es la libertad de estilo de la persona o del medio, a la que cabe contraponer en resguardo de otra persona y de la sociedad algunas restricciones, siempre que éstas se encuentren taxativamente previstas en el ordenamiento jurídico común vigente. Sin embargo, las reclamaciones sólo pueden plantearse luego de que el acto comunicativo se ha realizado sin censura previa.”⁴⁶

Cabe subrayar que no se trata de una libertad relativa sólo a la forma y a los medios que se utilicen para expresarse sino, y sobre todo, a los contenidos que se expresan. En efecto dejando de lado la exteriorización de opiniones que como se ha visto tienen un tratamiento jurídico específico, todos los demás contenidos que se vierten públicamente generan consecuencias jurídicas cuando infraccionan la ley.

La afirmación anterior nos coloca ante la dificultad de determinar cuando un acto de comunicación infringe la ley y cuando no. En principio la ley se transgrede cuando se desobedece los mandatos o prohibiciones pre establecidas en el ordenamiento jurídico, siempre que en el caso concreto no se actúe bajo una causa de justificación, es decir en uso de una autorización especial que otorga el propio ordenamiento jurídico.

⁴⁶ PERLA ANAYA José, “La información, las comunicaciones y el derecho”, Universidad de Lima, Lima, 2000.

Sin embargo de lo anotado, el desarrollo del enfoque de los derechos humanos con respecto a las libertades que se articulan alrededor de la necesidad humana y el hecho social de la comunicación, nos permite afirmar que no es suficiente cumplir las condiciones descritas en el párrafo anterior para afirmar que se ha abusado del derecho a la libertad de expresión o que se ha transgredido las normas que protegen los derechos de las otras personas, la seguridad nacional, la estabilidad democrática, el bien común, etc., pues se requiere además, que las prohibiciones o mandatos que limitan la libertad de expresión hayan sido construidos coherentemente con los presupuestos del Estado democrático de derecho; e incluso con los presupuestos del Estado democrático y social de derecho, cuando la calidad de “social” sea una de las características fundamentales del diseño constitucional de un determinado Estado. La siguiente cita puede ayudar a clarificar el planteamiento:

“Al determinar la forma del Estado, la Constitución ecuatoriana señala en la primera parte del Art. 1 **“El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico...”**”

Estas características no son meras referencias retóricas de la aspiración de un Estado; al contrario, son las cualidades más relevantes de la unidad jurídico política constituida. Son esos principios esenciales que informan, justifican y condicionan el conjunto de instituciones, prácticas y decisiones del poder público para ubicarlas dentro o fuera dentro de los márgenes de la legitimidad”⁴⁷

Con esta fundamentación consideramos apropiado afirmar que las limitaciones jurídicas que puedan formularse frente a la libertad de expresión deben ser no solo legales sino, y sobre todo legítimas, entendiendo como tales aquellas que resultan coherentes y subordinadas a los principios establecidos en las cartas Constitucionales de los Estados.

Dicho esto, y a manera de ejemplo, cabe preguntarse ¿son legítimas las disposiciones legales contenidas generalmente en Códigos Penales y Leyes de Seguridad Nacional cuyo propósito, en términos generales, es prefijar penas para cualquier persona (en determinados casos expresamente para periodistas y comunicadores sociales) por el

⁴⁷ Informe Alternativo sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDHDD-Ecuador, Quito, 2001.

hecho de expresar públicamente información verificable e incluso verificada sobre determinadas actuaciones de las autoridades del gobierno y la fuerza pública?

Es evidente que estas convencionalidades legales son ilegítimas por ser incompatibles con los presupuestos fundacionales que caracterizan al Estado moderno, democrático y de derecho, por lo tanto si algún Juez de un Estado que ha incorporado estos principios en su Carta Constitucional tuviere que conocer de una acusación fundada en disposiciones formalmente legales pero sustancialmente ilegítimas, tendrá que aplicar el conocido principio del control difuso de la constitucionalidad y declarar inaplicable la disposición legal al caso concreto. Es decir acudir a la jerarquía y preeminencia de la validez de las normas jurídicas al momento de determinar la solución en un caso específico.

A más de estas prevenciones generales sobre las características que deben reunir las limitaciones legítimas al derecho a la libertad de expresión, la Corte Interamericana de Justicia ha señalado que para proteger a los bienes jurídicos que pudieran ser afectados por el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión los Estados deben tener en cuenta las siguientes condiciones al momento de configurar las limitaciones legales en sus legislaciones:

“las leyes que establezcan responsabilidades al ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con un propósito útil u oportuno en relación a los bienes o valores que desean proteger, y deben ser, además, las necesarias para tal efecto, de tal manera que no puedan alcanzarse razonablemente esos mismos fines por otro medio que sea menos restrictivo del derecho a la libertad de expresión”⁴⁸

Otro problema con respecto a los límites legítimos al derecho de la libertad de expresión lo constituyen los tipos penales abiertos definidos por Bacigalupo como “aquellos que no describen suficientemente la conducta y deben ser completados para su aplicación por el juez”⁴⁹. Es decir aquellas descripciones típicas cuya ambigua construcción permiten a los jueces un amplio margen de discrecionalidad para determinar cuales acciones se

⁴⁸O'DONNELL Daniel en “Protección Internacional de los Derechos Humanos” citado en la publicación de la COMISION ANDINA DE JURISTAS, Protección de los Derechos Humanos: definiciones operativas, pág. 217, CAJ, Lima, 1997.

⁴⁹BACIGALUPO Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, pág. 47, HAMMURABI, Madrid 1986.

enmarcan en el supuesto típico que enuncia la ley; respecto de los riesgos que esto puede implicar, en un trabajo anterior he señalado:

“El problema de los tipos abiertos en cuanto a las acciones que son realizadas por quienes ejercen el periodismo cobra relevancia en la medida en que el poder judicial ejerce esta discrecionalidad en la calificación de los delitos relacionados con el contenido de la información, sin que se halle absolutamente garantizada la independencia de la función judicial y racionalidad técnico jurídica en el juzgamiento de las conductas que cuestionan el poder de los gobernantes o de otros poderes operantes en la sociedad, en uso de su derecho a la libertad de expresión y prensa. Esta discrecionalidad, eventualmente, puede transformarse en un mecanismo de control ilegítimo aunque formalmente legal, y sobre todo en un mecanismo de persecución y represión.”⁵⁰

Para finalizar es necesario señalar que actualmente todas las posiciones doctrinarias se han alineado para repudiar la censura previa a la libertad de expresión y calificarla de incompatible con este derecho, por lo que las disposiciones jurídicas que autorizaban la censura previa se están suprimiendo de los ordenamientos jurídicos y ya son pocas las personas en el mundo jurídico (y aún político) que intentan hacer una defensa pública de la censura previa, como una institución compatible con el Estado democrático de derecho.

2.3. La libertad de difusión

Concebimos a esta libertad como el derecho que tienen las personas jurídicas y naturales para realizar actividades de comunicación en igualdad de condiciones jurídicas⁵¹ y sin que sufran restricciones ilegítimas, ya sean éstas legales, políticas, económicas, técnicas o de cualquier otra índole que puedan impedir, disminuir y/o condicionar las siguientes tres conductas:

- El desarrollo de actividades de comunicación;
- La constitución de empresas o entidades dedicadas a actividades de comunicación; y,
- El normal funcionamiento de dichas empresas o entidades.

⁵⁰ JURADO Romel y otros, Estudio del derecho a la información y legislación en comunicación desde el enfoque de los Derechos Humanos, INREDH, Quito, 1999.

⁵¹ Debemos anotar que no constituye infracción al principio de igualdad jurídica el empleo de acciones de discriminación positiva que permitan a determinado grupo humano, en situación social desventajosa, facilitar el ejercicio de esta libertad

Respecto del derecho a la libertad de difusión el profesor Perla Arnaya ha colocado el énfasis de la definición en: asegurar que no se restrinja la constitución y desenvolvimiento de las organizaciones que realizan actividades de comunicación, en este sentido señala:

“La libertad de difusión se dirige a asegurar tanto la irrestricta constitución como el normal desenvolvimiento mercantil o institucional de las empresas y entidades de comunicación, de tal modo que puedan organizarse y realizar las actividades que contribuyan al cumplimiento de sus objetivos legales de información, opinión y expresión, sin verse sometidas a presiones y perturbaciones gubernamentales de carácter intimidatorio, como por ejemplo de orden fiscal, comercial, policial y otras semejantes.”

En la definición que propone el Profesor Perla Arnaya existen elementos comunes con los que nosotros anotamos, sin embargo, consideramos necesario subrayar que el derecho en cuestión tiene dos componentes esenciales, por una parte asegurar que no se restrinja ilegítimamente las actividades de comunicación y garantizar el normal desempeño de las organizaciones que la realizan; y, por otro, que dichas actividades deben realizarse y organizarse en igualdad de condiciones jurídicas.

La igualdad a la que nos referimos no se resuelve únicamente en el plano formal o legal, sino, y sobre todo, en el terreno práctico. En ese sentido resulta atentatorio al principio de igualdad establecer, mediante leyes o reglamentos, requisitos de cualquier especie que solo pueden ser satisfechos por personas naturales o jurídicas que han acumulado o disponen de una gran capacidad técnica o económica. En ese sentido los elevados costos de concesión, los costos de mantenimiento de la frecuencia o canal, así como los de permisos de operación, son mecanismos encubiertos de violar el principio de igualdad en el marco de la aplicación del derecho a la difusión, puesto que la regulación homogénea en estos aspectos excluye y discrimina a los menos favorecidos. Y es en esa perspectiva social que consideramos que deben leerse las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos es esta materia, entre las que destacamos el numeral 3 del Art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.⁵²

⁵² “Artículo 13.- *Libertad de pensamiento y expresión.*

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos,

Finalmente es necesario señalar que la condición de legítimas o ilegítimas que puedan tener determinadas restricciones dependerán en última instancia de su compatibilidad con los presupuestos jurídicos fundacionales que se han incluido en la Constitución Política de cada Estado, como se explicó al tratar el tema de las restricciones legales, pero ilegítimas, a la libertad de expresión.

2.4. La libertad de Información.

Consideramos que esta libertad se encarna en la potestad no restringible de todas las personas, así como de las empresas⁵³ que realizan actividades de comunicación para acceder, circular y recibir todo tipo de información, salvo en dos casos:

1.- El de aquella información que esté protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente estipulada en el ordenamiento jurídico. Cláusula que debe satisfacer la condición de ser legítima y legalmente válida para que su aplicación se considere conforme a derecho.

2.- El de aquella información cuya difusión colisione abiertamente con el derecho a la intimidad de las personas u otros derechos constitucionales relacionados.

Cabe señalar que generalmente el derecho a la libertad de información es tratado por la jurisprudencia y aún por cierto segmento de la doctrina como una libertad jurídica que es parte constitutiva del derecho de libertad de expresión. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, consideramos que es un derecho singular y singularizable pero interrelacionado y complementario con los demás derechos tradicionalmente relacionados con la comunicación.

El derecho a la información tiene al menos dos campos para su ejercicio como señala el Profesor José Perla Anaya al sostener: “La libertad de información comprende dos aspectos. Por un lado el del derecho a recibir libremente toda clase de información (acceso a datos) y por el otro el de brindarlos a otros. Ambos atributos se hallan

de frecuencia radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”

⁵³ Utilizamos el término “empresa” en su acepción más general, esto es, el intento o designio de hacer una cosa; y no en su acepción económica que la relaciona con el ámbito de lo comercial o mercantil.

especialmente relacionados con el desarrollo de la vida política, pues actúan como instrumentos fundamentales de control gubernamental y éste constituye la matriz única de todo sistema democrático".⁵⁴

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar los alcances de la libertad de expresión, en la Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985, señalando:

Párrafo 30: "El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión: "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole...". Estos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino el derecho de todos a "recibir" información e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el art. 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto un derecho de cada individuo, pero implica también por otro lado un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno."

Párrafo 70: "La libertad de expresión es una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, este suficientemente

⁵⁴ PERLA José, "Visión en conjunto del derecho de las comunicaciones en el contexto del derecho a comunicar", Universidad de Lima, 2001.

informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre'

Bien, queda entonces reflexionar sobre las limitaciones jurídicas o salvedades que son el correlato de la libertad de información. En primer lugar está la cláusula de reserva a la información pública. Entendiéndose por información pública toda aquella que ha sido producida, generada o custodiada por el Estado o con sus recursos de éste, así como aquella información que tienen, producen o custodian los concesionarios y delegatarios del Estado y que por tanto es información accesible, por norma general, para todas las personas.

Sin embargo, la cláusula de reserva opera para aquella información que siendo en principio pública debe ser preservada del dominio público por razones de seguridad y defensa nacional.

Esta cláusula de reserva o excepción a la libre circulación de información pública debe ser demostrable con respecto a la coherencia que necesariamente debe guardar con los principios contemplados en la Constitución, y la racionalidad del propósito específico de la información reservada así como respecto de los daños o riesgos que, eventual o realmente, implicarían el develamiento de cierta información.

Usualmente las leyes específicas sobre este tema han optado por elaborar un catálogo cerrado o taxativo de las informaciones que deben considerarse reservadas, y colocan un candado legal para que bajo ningún acto administrativo, ningún funcionario o autoridad del Estado, tenga la posibilidad legal reservar otra información que aquella enunciada en la ley, bajo prevención sanciones que actúan concurrentemente en los ámbitos administrativo, civil y hasta penal.

Sin embargo, la eficacia de esos catálogos cerrados suele ponerse en duda ya sea porque dejan cierto margen de discrecionalidad a ciertos funcionarios o remiten a otras disposiciones legales para determinar que información puede adquirir la condición de reservada.

En cualquier caso no basta con afirmar que la cláusula de reserva, o los catálogos de informaciones reservadas, han sido establecidos en la ley para sostener su infalibilidad jurídica (validez), pues además debe verificarse en cada caso concreto su legitimidad y necesidad, con respecto al ejercicio de los derechos y principios constitucionales, y sobre todo con respecto al ejercicio de la libertad de información.

El fin que subyace a estas pautas de verificación de la viabilidad y legitimidad jurídica de la cláusula de reserva es evitar que arbitrariamente, pero con un manto de legalidad, se confine información pública que no cumple la condición de poner en riesgo la seguridad o defensa nacionales.

Con respecto a la otra salvedad, esto es, la afectación del derecho a la intimidad y otros derechos constitucionales relacionados, es necesario iniciar señalando que el tema es permanentemente debatido no solo por la dificultad de encontrar los límites precisos para establecer cuando la circulación abierta o selectiva de una información veraz y demostrable puede entrar en colisión con el derecho a la intimidad de las personas, sino, y sobre, todo por el propósito y destino que se puede dar a la información recabada y distribuida ya sea por agentes privados (cualquier persona natural o jurídica) o por organizaciones y funcionarios gubernamentales.

En el primer caso, por ejemplo ¿la información veraz y demostrable sobre las preferencias sexuales, las convicciones políticas, las relaciones amorosas mantenidas con una o varias personas, la adscripción a una determinada organización religiosa, el consumo habitual o eventual de licor o drogas, el estado de salud, constituyen datos que pueden ser difundidos sin el consentimiento, e incluso a pesar de la negativa expresa de la persona que se sentiría afectada por ello, y aún así no lesionar su derecho a la intimidad?.

Las respuestas a esta pregunta, como se han dicho, son controversiales en el sentido de que hay opiniones que sostienen que con respecto a este tipo de datos o similares, las personas tenemos pleno dominio, por lo tanto pueden ser difundidos, sin afectar el derecho a la intimidad o la libertad de conciencia u otros, solo en el caso de que haya mediado una autorización expresa y libremente otorgada por parte de quien o quienes pudieran sentirse afectados.

Por otra parte, se sostiene que aunque la conducta descrita en el párrafo anterior puede ser considerada la regla general, en determinados casos, como por ejemplo, cuando se trata de personajes públicos como artistas, deportistas o políticos, esta restricción a la libertad de información no debe operar, así como tampoco debe hacerlo cuando la revelación de este tipo de información sea necesaria para definir ciertas preferencias de los ciudadanos con respecto a un hecho considerado público.

En el segundo caso, y dado que la información no solo se maneja con fines de comunicación social, cabe plantearse ¿si es legítimo que las organizaciones públicas (servicios de seguridad, servicios de salud o embajadas por ejemplo) y privadas (instituciones financieras, aseguradoras por ejemplo) tengan bancos de datos o redes de información sobre las personas sin su consentimiento; y que usen esta información para tomar decisiones que pueden afectar a su titular?.

Las respuestas vuelven a ser controversiales, pues por una parte pueden invocarse razones para mantener estos bancos de información, sin considerarse vulneratorias al derecho a la intimidad de las personas u otros derechos potencialmente comprometidos; tales razones pueden ser el derecho de los Estados para calificar a quienes puede admitir dentro de su territorio nacional, la necesidad de efectuar controles de salud con respecto a enfermedades contagiosas, la necesidad de evitar la información asimétrica para la toma de decisiones económicas en las transacciones de mercado, etc.

En contraposición se puede esgrimir que la libertad de información con respecto a la forma en que ésta se utiliza debe tener límites, que principalmente consisten en que debe ser conocida y autorizada por quien es su titular, pues de lo contrario las afectaciones que se pueden producir generarían perjuicios, discriminaciones o tratos desiguales no justificables desde la perspectiva de los derechos humanos.

2.5. Los medios de comunicación ¿derechos y participación?

Nuestra hipótesis es que los derechos tradicionalmente relacionados con la comunicación, que hemos descrito anteriormente, más allá de insertarse en las dinámicas cotidianas de relacionamientos entre particulares y entre éstos y el Estado, han tenido a los medios de comunicación como principal nicho de uso, recreación y hasta manipulación. En efecto,

son principalmente los medios masivos y sus asociaciones quienes de forma selectiva y discrecional promueven versiones, ajustadas a sus perspectivas e intereses, de los alcances y contenidos que estos derechos deben tener en sus relaciones frente a sus audiencias y frente al Estado.

Al respecto consideramos que los inputs dados por los medios de comunicación para significar y actualizar el discurso de los derechos relacionados con la comunicación se mueven, fluyendo y refluendo, entre dos grandes tendencias polarmente opuestas: la primera que funcionaliza el rol de la comunicación social a la lógica de mercado y la perpetuación del control hegemónico neoliberal, y la segunda que pugna por establecer el papel de la comunicación social desde la perspectiva del ideal democrático deliberativo, proyectando formulas social demócratas de organización política y esporádicamente invocando preferencias de orden socialista.

Por supuesto que existe una gama de matices de actuación entre estas tendencias, pues no existen tipos “puros” de medios de comunicación, sino medios que, por la forma en que trabajan, presentan y posicionan sus productos comunicacionales, pueden ser identificados en la línea de conducta de uno u otra tendencia e incluso vivir la esquizofrenia de “participar”, también discrecional y selectivamente (vale decir convenientemente) en ambas tendencias; lo cual siempre es posible de justificar con el argumento de la pluralidad y la apertura que los medios deben mantener como muestra de su llamada vocación democrática.

Desde esta perspectiva la proyección y significación de los derechos relacionados con la comunicación en el contexto de las democracias en “consolidación”⁵⁵ no se efectúa desde la racionalidad normativa, sino que opera funcionalizando las normas jurídicas a las

⁵⁵ “En las dos últimas décadas muchos países se libraron de sus regímenes autoritarios. Entre estos países existen importantes diferencias. Algunos todavía mantiene regímenes autoritarios –si bien de un tipo diferente a los del pasado- aun cuando de tanto en tanto realizan elecciones. Otros países son claramente democráticos. Muchos otros parecen ocupar una zona gris: exhiben ciertos parecidos a la familia de las democracias hace largo tiempo establecidas, pero carecen de algunos de sus atributos, o estos atributos parecen tener un precario sustento. Según la mayor parte de la literatura contemporánea, a estas democracias les falta consolidarse o institucionalizarse plenamente. Reflexionando sobre la falta de criterios claramente establecidos en la literatura, David Collier y Steve Levitsky han hecho un inventario –con interesantes comentarios- de los más de cien calificativos aplicados al término “democracia”: la mayoría de ellos pretenden indicar que los casos respectivos carecen de los atributos de la democracia tal como la define cada autor; véase “Democracy With Adjectives”. O’DONELL Guillermo “Otra institucionalización”, en “La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad”, pág. 5, Número 2, segundo semestre de 1996.

dinámicas de poder que atraviesan la lucha por controlar los flujos y las industrias de la información. Al respecto nos parecen ilustrativas las reflexiones de Antonio Pasquali al señalar:

“Si las comunicaciones fueran mero e inocente entretenimiento o una industria liviana algo marginal, un llamado a la desacralización y la transparencia reflejaría, en los actuales momentos, ligereza e insuficiente ponderación de las verdaderas prioridades nacionales. Pero las comunicaciones no son ni intrascendentes ni inocentes. Instrumentos vitales de todos los poderes, ellas pesan tanto como las ideologías políticas o la economía. Ellas constituyen el soporte de casi todos los procesos actuales de información y en su conjunto, constituyen una de las industrias más pesadas de la tierra, con transacciones anuales sólo comparables a las militares (...) Controlada casi globalmente por arrogantes y muy concentrados poderes económicos, mal compensados por servicios públicos indigentes o excesivamente gubernamentales –y de todos modos incapaces por ofrecer una alternativa participatoria- la radiotelevisión es muchísimo más un instrumento de manipulación publicitaria, propagandística o axiológica en general, que un foro democrático de formación cívica “

Con estos elementos consideramos que la primera tendencia, caracterizada por ratificar y extender el carácter global de la hegemonía neoliberal, ha sido encarnada por la mayoría de empresas de comunicación que poseen y controlan los medios masivos de información⁵⁶, y que se recubren de la formalidad del discurso a la libertad de prensa e incluso integran en sus estatutos corporativos, manuales de estilo y pautas de producción,

⁵⁶ “La propiedad de los medios de comunicación ha experimentado un vuelco radical durante la última década. La expansión global de las economías neoliberales, los avances tecnológicos y el surgimiento de acuerdos globales y regionales sobre comercio multilateral han llevado a la concentración de los medios de comunicación. El sistema global en el cual 255 personas de las más ricas tienen una riqueza combinada que es, más o menos igual al ingreso anual de 2.5 billones de las personas más pobres del mundo, se refleja en los patrones de propiedad de los medios de comunicación. Un puñado de corporaciones de medios de comunicación internacional y regional –AOL- Time Warner, News Corporation, General Electric, Sony, Vivendi, Viacom, Televisa, Globo y Clarín, entre unos cuantos, controlan grandes secciones del mercado de medios de comunicación. Por ejemplo el 35% de los periódicos que circulan en el RU pertenecen a News Corporation de Rupert Murdoch. Silvio Berlusconi controla tres de las cuatro estaciones privadas de radiodifusión en Italia y, recientemente, ha designado un amigo suyo como jefe de la estación de radiodifusión pública, RAI. Esta reducción de la propiedad de los medios de comunicación, dentro y a través de los sectores de los medios, y el énfasis en el contenido orientado hacia el lucro, incentivado por la publicidad, ha llevado a la disminución –en rango diverso- de opinión, de puntos de vista y espacios para un debate informado. Existen amenazas al actual sistema que supervisa la propiedad y asignación de los nombres del territorio de la internet. Incluso el espectro audiovisual, que es de propiedad pública, esta bajo el asedio de los intereses comerciales. Como resultado, se le niega acceso a gente común y corriente a los canales de los medios independientes y a visiones alternativas de un futuro económico, político y social.” “Propiedad de los medios de Comunicación”, en Documentos Temáticos CRIS, 2001.

sendas declaraciones sobre la objetividad, la independencia y la función social de la comunicación, pero que en la realidad operan desde la racionalidad del mercado con perniciosas consecuencias que van desde promover la radicalización de la indiferencia y la insensibilización de los miembros de la sociedad hasta la convalidación de la inequidad y la exclusión a la que estamos sometidos, pasando por la ratificación y consolidación de las injustas formas de organización del poder económico y político vigentes. En ese sentido Germán Bidart Campos señala: “los medios se convierten conscientemente en vehículo transmisor de falsedades, suspicacias, violaciones a los derechos personales, obscenidades y cosas semejantes, con una expansión difusiva, incontenible e incontrolada, fomentando el farandulismo, la teatralización, la chabacanería, el mal gusto, la frivolidad y la competencia de un “rating” que para nada busca la calidad sino el existismo barato”⁵⁷.

Respecto a la indiferencia e insensibilización que mencionamos, Luis Beltrán sostiene que: “Para muchos periodistas la cuestión de los derechos humanos no interesa, a menos que presente ribetes de espectacularidad, generalmente rociados de violencia y escándalo. El criterio clásico prevaleciente de que “noticia es cuando el hombre muerde al perro” deja por fuera mucho del acontecer cotidiano contrario a aquellos derechos. Se agrega a esto la insensibilidad ante el padecimiento ajeno, la creciente falta de solidaridad con los demás, debida a la exacerbación del egoísmo individualista que va llegando, ante la crisis económica, y el aumento de la inseguridad, al grado de “sálvese quien pueda”. La razón de existir anota Carlos Valle, se está diluyendo y ya nada importa. En muchos lugares inclusive la religión se muestra ahora en “paquete liviano” para calmar los nervios, para hacer sentir un OK. Todo se ha vuelto entretenimiento y el aburrimiento debe ser evitado a toda costa. Por eso, el conflicto tiene que ser puesto a un lado, cada uno tiene que arreglar las cosas por sí solo ya que, después de todo, nada tiene demasiado sentido”⁵⁸.

En cuanto a la exclusión, inequidad y mantenimiento del orden social que han promovido los medios de comunicación que trabajan desde la tendencia mercantilista, Rossana Reguilo señala: “Abunda experiencia empírica de la espectacularización de ciertos

⁵⁷ BIDART CAMPOS, Germán, “Los medios de comunicación en la democracia”, Pág. 71, en Revista Peruana de Derechos Constitucional, Lima, 1999.

⁵⁸ BELTRAN Luis Ramiro, “Comunicadores y Derechos Humanos: ¿de malos amigos a ángeles guardianes?”, pág. 26, en Revista Chasqui N° 64, diciembre, 1998.

acontecimientos sometidos a un proceso de “domesticación”, cuyo fin es no solo el de contribuir a perpetuar la “naturalidad” del orden social, sino además el de reducir la complejidad social, al trabajar siempre con pares de oposición binaria: víctimas y verdugos, malos y buenos, normales y desviados.

Así, mediante este trabajo de reducción, los grandes medios han terminado por favorecer el endurecimiento del discurso de la exclusión, de la automarginación y la asunción de estigmas por parte de los actores sociales desfavorecidos, como constitutivos identitarios.

Con absoluta impunidad, los medios erigen héroes y antihéroes, construyen estigmas sobre ciertos lugares y personas, violan el derecho a la privacidad, no solo de los grandes personajes, sino de todos aquellos que pueden ofrecer como espectáculo un drama ejemplar: así, pierden su condición de seres humanos para convertirse en la evidencia contundente e irrefutable del mal que anida en ciertos estratos sociales. Lo que nunca se revela son las condiciones estructurales que explican, más allá de la anécdota, el drama de estos actores sociales, invisibilizando o neutralizando los mecanismos sociales que están en la raíz de las pequeñas o grandes tragedias individuales.... convirtiendo la desigualdad estructural en un problema de diferenciación cultural: Los pobres son malos, flojos y pecadores, porque son diferentes, son portadores de creencias degradadas; las mujeres son tontas e incapaces, por su condición biológica; los indígenas, ¡pobrecitos!, son sucios, tienen parásitos, no hablan español, y se empeñan neciamente en mantener sus tradiciones, porque son premodernos y anacrónicos; los jóvenes son perversos y vulnerables, porque están enfermos de juventud. Así el aparato cultural legitimador y simplificador hace desaparecer las condiciones que explican la desigualdad y justifica la intervención de las instituciones de control para “normalizar”, a través del castigo, la “folklorización” y la exclusión, todos aquellos elementos, creencias, prácticas y actores que se alejan del modelo cultural dominante”⁵⁹.

La segunda tendencia mediática está encarnada básicamente por los medios, agencias y comunicadores “alternativos”. Estos actores han desarrollado un trabajo en el que la propuesta consiste en vitalizar la democracia a través de la participación ciudadana en la construcción, manejo y acceso a la información, de modo que puedan expresarse los

⁵⁹ REGUILLO Rossana, “Un malestar invisible: derechos humanos y comunicación”, pág. 19 y 20, en Revista Chasqui N° 64, diciembre, 1998.

particulares puntos de vista de cada quien en condiciones de igualdad, sin que el referente obligatorio sea el modelo cultural dominante, esto implica una contribución al disfrute de los derechos humanos en tanto permite visibilizar y poner en el tapete de la discusión pública sobre las necesidades, los intereses, las propuestas, los análisis y las formas de expresión de la mayoría. Una mayoría que es diversa en sí misma y que por la tanto requiere el reconocimiento de sus especificidades, pero que comparte la necesidad de que el ideal democrático se materialice en su cotidianidad a través del disfrute integral de los derechos humanos.

En este contexto el reto de los medios de comunicación, en el ámbito democrático, reside en constituirse en aquella institución social que potencie la adopción de conductas críticas y propositivas, las cuales re-signifiquen permanentemente los imaginarios colectivos así como los atributos institucionales del ordenamiento social en que vivimos.

Desde esta perspectiva, Reguillo anota: “el mejor antídoto contra la violación sistemática a los derechos humanos desde la comunicación, estriba en la posibilidad de intervenir directamente en la ruptura de las representaciones asumidas como “orden natural” y develar así el disfrazamiento simbólico que construye a ciertos actores y ciertos espacios.... La marginalidad y la exclusión son condiciones que se aprenden. Se hacen piel, se hacen conducta y esta es la mayor violación a los derechos humanos. Me parece imposible plantear el tema de los derechos humanos y comunicación, sin un previo trabajo que desmonte los mecanismos legitimadores de exclusión. Por ello considero, que no es suficiente multiplicar los proyectos de comunicación alternativa, abrir espacios en los grandes medios, legislar sobre el derecho a la comunicación, si todo ello no va acompañado de una profunda revolución simbólica que altere de manera radical nuestra mirada, es decir, nuestra manera de entender el mundo”⁶⁰.

Finalmente cabe señalar que las posibilidades de asumir este reto son menores en el momento actual, debido fundamentalmente a dos hechos; el primero tiene que ver con la estrategia global de control de los medios de comunicación que se enfatiza a raíz del ataque del 11 de septiembre a las Torres Gemelas de Nueva York, y que ha recibido una significación mediática que generaliza irreflexivamente la idea de que el mundo “libre” está

⁶⁰ REGUILLO Rossana, “Un malestar invisible: derechos humanos y comunicación”, pág. 20 y 23, en Revista Chasqui N° 64, diciembre, 1998.

permanentemente amenazado por un eje maligno de actores difusos pero relacionados con la subversión de los principios y prácticas liberales que fundan la democracia occidental.

En consecuencia es necesario desarrollar un mayor control de los flujos comunicacionales entendiendo que ellos son factor estratégico en la lucha por la perpetuación del *statu quo* a nivel regional y global. Así pues este estado de conmoción global y amenaza constante justificaría la idea de que vivimos en una situación de guerra, en el marco de la cual es necesario sacrificar temporal y discrecionalmente las libertades relacionadas con la comunicación o ejercer mayor control sobre algunos aspectos de ellas.

Este supuesto estado de necesidad justificante permitiría, con cierto sentido de legitimidad y racionalidad moderna, cambiar el paradigma discursivo de la libertad por el paradigma de la seguridad. Ello implicaría gozar de autorización política, ética y jurídica para, en nombre de la seguridad global, suspender las libertades reconocidas sobre la producción, difusión, búsqueda de información y generación de opinión, lo que equivale a tener poder de veto sobre todo flujo comunicacional que potencial o realmente sea asociable al eje del mal, siempre desde la perspectiva de los poderes y países hegemónicos y sus socios locales.

El segundo hecho que también opera en lo conceptual, en lo paradigmático, pero que repercute de forma práctica en el papel que pueden jugar los medios de comunicación consiste en contraer y distorsionar los términos de la discusión global relacionada con los derechos de la comunicación. En ese sentido los organismos internacionales y gubernamentales de los países hegemónicos han cancelado y archivado el debate sobre la formulación del derecho humano a la comunicación, que empezó, como señala Jean d'Arcy, en 1969, y que aunque no se ha agotado ocupa actualmente un lugar marginal en los debates que promueven los organismos internacionales en temas relativos al manejo globalizado de la información.

De hecho el debate que empujó a la UNESCO como organismo de las Naciones Unidas para formular el derecho humano a la comunicación fue literalmente sacado de su competencia a fines de los años 80, para formular las bases de un nuevo debate sobre la sociedad de la información que está controlado por la Unión Internacional de las

Telecomunicaciones; es decir se sacó del seno de un organismo de deliberación política un tema supremamente trascendente para el orden global y se lo colocó en el seno de un organismo “técnico” para disuadir las tensiones políticas sobre el derecho a la comunicación en las particularidades de los requerimientos tecnológicos para realizar telecomunicaciones, lo cual equivale a sustituir el debate sobre el derecho a la comunicación por el debate sobre el uso de la tecnología para comunicarse.

Entonces el debate sobre el derecho a la comunicación, el rol del Estado y la sociedad civil, las políticas públicas de comunicación fueron encriptados, esa fue la suerte que corrió el Nuevo Orden Internacional de la Comunicación NOMIC y el Informe Mac Bride, que además de diagnosticar y denunciar el desequilibrio y la injusticia que implicaba la transnacionalización y concentración de medios y de capital, contenía las pautas para democratizar los flujos comunicación y las actorías internacionales y nacionales en este campo. Ese fenómeno de encriptamiento y neutralización ha sido descrito por José María Pasquín, al señalar:

“Recuerdo que en esos años, cuando debatíamos, se citó mucho un editorial del *New York Times* que se llamaba “*La serpiente del Jardín*”. La serpiente éramos nosotros, los que propiciábamos el NOMIC. Decía en actitud conciliadora con el NOMIC, “si uno sabe que en su casa hay una serpiente venenosa, qué es mejor: ponerla en el jardín donde no la vamos a poder ver ni controlar y nos va a poder morder en cualquier momento, o ponerla en una caja de cristal dentro de la casa, alimentarla adecuadamente y dejarla allí, siempre a la vista, peligrosa, mortal, pero inofensiva en la caja de cristal”

Encriptado el debate y despojada la UNESCO de la competencia de promoverlo, se inauguró en el 2001 oficialmente el nuevo paradigma, en el marco del cual los actores globales relacionados con la comunicación deberían establecer sus posiciones, se trata del debate sobre la Sociedad Mundial de la Información, que se ha canalizado a través de una Cumbre Mundial, cuya organización y realización fue confiada a la UIT, para celebrarse en dos fases. La primera de ellas tuvo lugar en Ginebra del 10 al 12 de diciembre de 2003, y la siguiente se realizará en Túnez, en diciembre de 2005.

En esta Cumbre Mundial se reconoce como actores participantes a los gobiernos, la familia de Naciones Unidas, el sector privado y la sociedad civil; y se prevé como

resultado de la cumbre “la elaboración y promoción de una declaración nítida de voluntad política y un plan de acción concreto para lograr los objetivos de la sociedad de la información, que refleje plenamente todos los distintos intereses en juego.”⁶¹

Sin embargo tanto la declaración como el plan de acción que busca obtener la Cumbre Mundial, están condicionados por la forma en que se ha planteado el debate para obtenerlos, esto es, enfatizando las potencialidades de mercado relacionados con los usos de las tecnologías de la información y comunicación en un contexto hegemónico neoliberal, y, por otra parte, invisibilizando y marginando cualquier debate sobre los derechos relacionados con la comunicación o el derecho a la comunicación como un derecho humano. En ese sentido el desafío de la Cumbre Mundial es presentado por la UIT en los siguientes términos:

“La Sociedad de la Información está evolucionando a un ritmo alucinante, en que la convergencia acelerada entre las telecomunicaciones, la radiodifusión, los multimedia y las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) genera nuevos productos y servicios, así como nuevas formas de gestionar negocios y operaciones comerciales. Al mismo tiempo, a medida que se abren los mercados a la competencia, a la inversión extranjera y a la participación, proliferan las oportunidades comerciales, sociales y profesionales. El mundo moderno está experimentando una transformación fundamental a medida que la sociedad industrial que marcó el siglo XX deriva a gran velocidad hacia la Sociedad de la información del siglo XXI. Este proceso dinámico anuncia un cambio fundamental en todos los aspectos de nuestras vidas, incluyendo la difusión de los conocimientos, el comportamiento social, las prácticas económicas y empresariales, el compromiso político, los medios de comunicación, la educación y la salud, el ocio y el entretenimiento. Nos encontramos sin duda en medio de una gran revolución, tal vez la mayor que la humanidad haya experimentado. Con el fin de poder beneficiar a toda la comunidad, el crecimiento exitoso y continuo de esta nueva dinámica requiere una discusión a nivel mundial y una armonización de las áreas adecuadas.”⁶²

Esta cita no deja dudas, la entrada jurídica que promueve la UIT respecto de la actividad comunicacional no apunta a instrumentar leyes que desarrollen los derechos

⁶¹ Cumbre Mundial de la Información, en <http://www.itu/wisis/>

⁶² Cumbre Mundial de la Información, en <http://www.itu/wisis/>

tradicionalmente relacionados con la comunicación y menos aún a generar marcos regulatorios que viabilicen la emergencia de un nuevo derecho a la comunicación, sino que enfatizan la regulación de las comunicaciones, en sus aspectos tecnológicos y económicos, priorizando la protección de las libertades de mercado. Entonces en lugar de que la ley sea un instrumento para canalizar el ejercicio de los derechos que tienen las personas como seres humanos se busca instrumentalizar la regulación legal para adjudicarnos el estatus de proveedores y consumidores de telecomunicaciones, situación en la cual posibilidad de disfrutar de los avances tecnológicos está subordinada, en general, a la capacidad de pago que cada individuo pueda desplegar y no a algún derecho fundamental que se tenga como ciudadano.

CAPITULO III

EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO A LA COMUNICACIÓN DESDE LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El propósito de este Capítulo es ofrecer una visión sinóptica del problema de la fundamentación desde la categoría de los derechos humanos, al cual se ve o se vería avocado a responder cualquier intento de formulación del derecho humano a la comunicación que busque un presupuesto filosófico, como sustento de sus pretensiones de universalidad.

Con esos antecedentes y para fines de iniciar el abordaje de este tema, entendemos por derechos humanos a aquellos valores sociales que se juridizan⁶³ por medio de declaraciones y acuerdos internacionales, con la pretensión de ser universales aún para aquellos Estados que no los aceptan de forma parcial o total. Estos valores juridizados ocuparían pues la más alta jerarquía de la escala del derecho; y, es su pretensión de universalidad, con base en un principio o antecedente trascendente, lo que signa a su fundamentación como una cuestión de orden filosófico. Es decir que la fundamentación propuesta debe responder satisfactoriamente a la siguiente pregunta ¿Por qué razones todos los seres humanos y los Estados debemos acatar, respetar y aplicar las condiciones jurídico-morales determinadas por los derechos humanos, en nuestros relacionamientos cotidianos?

Como ya se señaló anteriormente, no se ha podido llegar a un acuerdo teórico satisfactorio que nos permita afirmar incontrovertiblemente el carácter universal de estos

⁶³ “La expresión “derechos morales” ha cobrado curso, la usan, por ejemplo, autores como Dworkin, Rawls, Eusebio Fernández. Trataremos de simplificar el sentido de esta locución, compuesta por un sustantivo jurídico –derechos- y un adjetivo ético –morales-. Conviene entender que, más allá de algunas diferencias entre quienes emplean tal vocabulario, los derechos humanos solo serían derechos en el sentido “jurídico” una vez que el derecho positivo (sea en sentido normativo, sea en sentido realista) los incorpora a su positividad. Pero como no se quiere que esos derechos positivados sean considerados un simple producto de la pura y absoluta voluntad del Estado, se sostiene que por encima y por afuera de la mera positividad hay alguna exigencia que se impone al propio Estado; esa exigencia sería -para esta teoría- de naturaleza *moral*, solamente ética, y no jurídica; se acude por ejemplo, a la ética, a los valores éticos, a la dignidad humana, etc. entonces se recurre a la denominación de derechos morales, y se los inserta en una filosofía de derechos humanos favorable a ellos, para servir de exigencia frente al Estado y al derecho positivo. De ser ese el alcance, el techo ético de los derechos humanos demanda inexorablemente que a cada derecho “moral” (debido en función de ética) le corresponda un derecho positivo, un derecho humano recíproco (positivado), de forma que no quede al arbitrio y voluntad del Estado reconocer o no reconocer los derechos – menos aún otorgarlos o negarlos-“ HARRENDORF Daniel y BIDART CAMPOS Germán, El Diseño de los Derechos Humanos, pág. 77, EDIAR, Buenos Aires, 1991.

derechos; o dicho en otras palabras, no se ha logrado responder satisfactoriamente la pregunta planteada. Las diferentes posiciones filosóficas que lo ha intentado podrían resumirse en tres grandes corrientes: el jusnaturalismo, el racionalismo metafísico y las teorías consensuales que incluyen a las teorías contractualistas y neocontractualistas.

Desde la argumentación del jusnaturalismo se sostiene que “la legitimidad de las leyes humanas, su razón de obligar, incluso el concepto mismo de derecho, se han hecho radicar en la concordancia de aquéllas con una legalidad superior derivada de la propia naturaleza; también de la naturaleza de las cosas, pero sobre todo de la naturaleza del hombre”⁶⁴. Las tesis jusnaturalistas pueden a su vez clasificarse en dos grandes bloques: el llamado jusnaturalismo teológico iniciado hace más de dos mil años que integra las versiones cristianas, aristotélica y tomista; y el jusnaturalismo mecanicista o racionalista desarrollado partir del siglo XVI y XVII. Sin embargo ya sea en su versión teológica o pagana el jusnaturalismo adolece siempre de la misma debilidad, esto es, constituirse en una especie de esencialismo que pretende fundamentar el derecho a partir de un acto de fe, que consiste en pretender que aceptemos esta supuesta relación de subordinación y coherencia entre la naturaleza y el derecho, sin ofrecer ninguna evidencia científica de esta pretensión. O planteado en términos críticos, cabría señalar que la pretensión de principio que formula el jusnaturalismo, es demolida por la afirmación de que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos que puedan ser cognoscibles por medios racionales y objetivos.

Por otra parte, el racionalismo metafísico-moral, necesita de un postulado metafísico normativo para realizar la fundamentación del derecho, se trata pues de contar con un principio moral universalmente válido del cual se derivan todos los juicios valorativos. En ese sentido el Utilitarismo, elaborado en los países anglosajones a partir del siglo XVIII, es una escuela de pensamiento que aspira a fundar la moral en datos externos, objetivos y universales, respondiendo así a las críticas formuladas al jusnaturalismo.

Al respecto Manuel Lázaro ha señalado, refiriéndose al utilitarismo, “esta teoría parte del hecho objetivo, incontestable, que la vida es una resistencia a la muerte, que el ser vivo evita todo lo que puede destruirle, y busca todo lo que pueda conservarle. Los seres vivos superiores, provistos de un sistema nervioso, entre ellos los hombres, actúan siempre

⁶⁴ LAZARO Manuel, “Apuntes sobre los Fundamentos Ético Filosóficos de los Derechos Humanos”, texto trabajado para los estudiantes del Diplomado Superior de Derechos Humanos de la FLACSO, Quito, 1998.

para poder evitar un dolor, signo negativo de una amenaza y de un peligro vital, y/o para buscar un placer, signo positivo de la satisfacción de necesidades y de la conservación de sí mismo y de la especie.”⁶⁵

Así pues la moral que a su vez fundamenta el derecho y lo condiciona, debe responder a la maximización de los beneficios que determinadas decisiones representan para la colectividad, bajo el entendido de que aunque hay un fuerte sustrato individual en el utilitarismo, éste debe ceder si el interés individual colisiona con en el interés grupal de modo que corra peligro la comunidad. Entonces los derechos deben mandar hacer aquellas cosas que normalmente incrementan la felicidad del mayor número de gente y prohibir aquellas que tienen el efecto contrario.

El problema fundamental de esta teoría es encontrar la persona o la norma que, cuando estén en tensión los intereses de los seres asociados y los intereses de la asociación misma, pueda evaluar “objetiva y desinteresadamente” las ventajas de una decisión para maximizar el interés o la situación de la “mayoría”.

Complementariamente Manuel Lázaro ha señalado “el utilitarismo considera que lo racional para el individuo lo es para el conjunto de la sociedad, pero nada hay menos seguro que eso. Si cada hombre, cuando satisfacía sus propios intereses, es ciertamente libre de contabilizar sus propias pérdidas frente a sus propios beneficios, ¿cómo extender este principio a toda la sociedad? Si la sociedad se concibe sobre el modelo del individuo, para maximizar el saldo global de satisfacción, ¿puede admitir “sacrificios”, como nosotros admitimos individualmente para alcanzar un bien más grande, por ejemplo cuando soportamos un tratamiento doloroso para curarnos? Así, los beneficios de algunos podrían compensar las pérdidas de otros y, por ejemplo, la violación de la libertad o del bienestar de un pequeño número podría ser justificada por una mayor felicidad del número mayor. Dicho de otra manera, el derecho de la persona humana tiene una importancia real si es un medio apto para maximizar la suma neta de satisfacciones; si esto no es el caso, la violación puede ser condición de un ser más grande. El utilitarismo puede ser sacrificador⁶⁶”.

⁶⁵ LAZARO Manuel, “Apuntes sobre los Fundamentos Ético Filosóficos de los Derechos Humanos”, texto trabajado para los estudiantes del Diplomado Superior de Derechos Humanos de la FLACSO, Quito, 1998.

⁶⁶ LAZARO Manuel, “Apuntes sobre los Fundamentos Ético Filosóficos de los Derechos Humanos”, texto trabajado para los estudiantes del Diplomado Superior de Derechos Humanos de la FLACSO, Quito, 1998.

En consecuencia el racionalismo metafísico que plantea un deber ser moral, de fuente objetiva y universal, que el derecho debe concretar mediante mandatos y prohibiciones, no proporciona una base de universalidad en el sentido de disfrute indiscriminado de los mismos derechos, para todos los asociados, en todos los Estados.

Finalmente tenemos las teorías consensuales cuyos representantes más notables son John Rawls con su teoría de la justicia⁶⁷ (1971) y Jurgen Habermas con su propuesta de la ética discursiva⁶⁸ basada en las reglas lógicas de la teoría de la discusión práctica, planteada en 1978 por Alexy. Esta corriente se inscribe en el proyecto kantiano, y en general ilustrado, de “fundar una moral independiente de las hipótesis de la metafísica y de la religión”, para lo cual se trabaja sobre la hipótesis de fundar el valor prescriptivo de las normas sobre las exigencias de validez que nosotros mismos acordamos o emitimos cuando producimos ciertos actos comunicativos.

La crítica a estas teorías consiste en que simultaneidad, la reciprocidad y la reversibilidad entre interlocutores que se pretenden generar como reglas de validez del procedimiento de la justicia y el derecho, son al mismo tiempo condiciones que se requiere tener para hacer posible la producción de tales reglas, de tal justicia o de tal derecho; es decir que estas teorías adolecen de una argumentación circular, por la que, la posibilidad de generar “algo” requiere precisamente de ese “algo” para iniciar el proceso de generación.

⁶⁷ “John Rawls busca definir los principios de la justicia inscribiéndose en las teorías del contrato, hipótesis ficticia, pero fecunda de la filosofía política. Propone una situación ideal que permitiría definir tales principios. Así, aparece la tesis de que la equidad en el mismo procedimiento de elaboración de los principios determinará su justicia.” LAZARO Manuel, “Apuntes sobre los Fundamentos Ético Filosóficos de los Derechos Humanos”, texto trabajado para los estudiantes del Diplomado Superior de Derechos Humanos de la FLACSO, Quito, 1998.

⁶⁸ “Jurgen Habermas, expone una ética discursiva que construye un Sobre-Nosotros de la comunidad ideal de la comunicación, fundándose en la reversibilidad perfecta de las exigencias de validez de procedimientos argumentales de sujetos razonables. Contra los neor aristotélicos, C.Tylor, A. MacIntyre y B. Williams, defiende una posición deontológica fuerte: prioridad, para la teoría moral, de las cuestiones de justicia en las cuestiones que conciernen a la vida buena; separación estricta entre las cuestiones de fundamento y de aplicación de la norma; fundación de la validez prescriptiva de obligaciones; afirmación de que las cuestiones morales son susceptibles de verdad, formalismo de procedimiento y universalismo ya que las estructuras de la comunicación permiten establecer principios tales que sobrepasan, por su naturaleza, los estrechos límites de cualquier época y cultura dada. El universal no es el “punto de vista de Syrus” o de Dios, son el Nuestro, es decir, un universal pragmático construido a partir de la perspectiva de cada uno en cuanto que puede hacer valer sus intereses de concernido” LAZARO Manuel, “Apuntes sobre los Fundamentos Ético Filosóficos de los Derechos Humanos”, texto trabajado para los estudiantes del Diplomado Superior de Derechos Humanos de la FLACSO, Quito, 1998.

Al respecto Lázaro, refiriéndose primero a la teoría de Habermas y luego a la de Rawls, señala: “si la racionalidad normativa se construye sólo en el procedimiento argumentativo en la que es el resultado, y si es necesario ser racional para llevar a bien un procedimiento argumentativo ¿qué hacer? ¿cómo la racionalidad puede ser, a la vez, el resultado y la fuente de la argumentación? (...) El mismo círculo vicioso perturba la teoría procesal de la justicia de Rawls: los participantes, antes de comenzar y establecer el procedimiento de elaboración de las reglas de justicia, es decir antes de establecer las “reglas del juego”, y para hacerlo, tienen necesariamente que contar con un cierto “sentido de la justicia”. Luego, el sentido de la justicia es el mismo un “bien primero” asegurado por la sociedad justa. Dicho de otra manera, para entrar en un procedimiento equitativo de elaboración de reglas justas, es necesario tener sentido de la justicia”

Sin embargo de los insalvables cuestionamientos que existen a las tres corrientes del pensamiento que han intentado fundamentar la existencia universal de los derechos humanos, consideramos que el derecho a la comunicación en tanto derecho humano que se pretende universal ha intentado ser fundamentado de una forma particular, por considerar que tiene un carácter particular, en tanto es condición de posibilidad de la sociabilidad y de la sociedad humana. Desde esta perspectiva es en la dimensión pragmática de la argumentación con el *otro*, a partir de la cual se “ruptura la afirmación egoísta, autista y solitaria”; a partir de la cual se “inaugura la humanidad y con ello se instauran las dimensiones políticas, jurídicas y sociales de existencia humana” en que se intenta hallar el fundamento del derecho a la comunicación.

Así pues “el principio de fundamentación se instala en las condiciones de posibilidad de todo juego del lenguaje, de la dimensión pragmática de éste, específicamente, de la argumentación. (...) La fundamentación no es una operación lógico trascendental de los presupuestos de toda argumentación (...) pues la argumentación no basta para validar lo que se sostiene como principio o creencia; es la argumentación con el **Otro**, es el debate, la discusión, la que preserva la dimensión **dialogica de la razón** [y por tanto funda el derecho a la comunicación]. Ese diálogo compartido persigue la situación ideal de habla en la que el derecho igual signifique respeto por la capacidad discursiva del otro (...) En otros términos podríamos decir que el derecho a la comunicación reconoce una entidad, un estatuto especial, pero no porque responda, se adecue o se deduzca de una cualidad ontológica del ser humano que de algún modo pueda vincularse a una “esencia” a una

naturaleza con un contenido más o menos desarrollado; en todo caso es una precondition [léase una condición de posibilidad], una exigencia de la dimensión pragmática del lenguaje”⁶⁹.

En el fondo este intento teórico de fundamentar el derecho humano a la comunicación se agota en la idea de que es factible sostener que tal derecho está fundamentado por el reconocimiento de que sin la comunicación no sería posible la vida en sociedad, ni la cultura, ni la producción humana de nada. Esto es igual a afirmar que el fundamento está basado en el reconocimiento del dato incuestionable de que la comunicación es una condición de posibilidad de todo de lo humano en clave social (y no meramente en clave biológica)⁷⁰, pues sin ella la alteridad que supone la conformación y autopoiesis de los sistemas sociales no sería posible.

Profundizando en esta argumentación, son iluminadoras las ideas recogidas por Javier Torres sobre el pensamiento Luhmaniano en la Nota Introductoria a la versión en español del libro de Niklas Luhman y Raffaele de Georgi, titulado Teoría de la Sociedad, que respecto de la comunicación como elemento constitutivo de la sociedad señala:

“Sociedad y comunicación son para Luhman lo mismo:

La sociedad es el concepto social más amplio, incluye todo lo social, y por consiguiente, no conoce ningún entorno social. Si se agregan factores sociales, si surgen interlocutores o temas de comunicación novedosos, la sociedad crece, pues esos factores arraigan a la

⁶⁹ "EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN: ¿DERECHO FUNDAMENTAL O INSTANCIA DE FUNDAMENTACION?" en <http://www.ceride.gov.ar/servicios/comunica/ponencias/derecho.htm>

⁷⁰ “la sociedad y sus subsistemas, según Luhman no se componen de individuos, sino de comunicaciones. La define como un “sistema de comunicaciones que integran selectivamente el potencial físico, químico, orgánico y psíquico de la humanidad, y en la conducción de esa selectividad encuentra su propia realidad y su autonomía como sistema”. En un trabajo reciente muestra Luhman con un ejemplo claro cómo no todo lo perteneciente al individuo como entidad biológica o psicológica pertenece por ello al sistema social: “la presencia de arsénico en la sangre o un estado de excitación psicológica no son eventos sociales; solo devienen en tales cuando se transforman en comunicaciones, siempre que y en la medida que el sistema societario lo consienta. Si éste no dispone de los medios para que tales hechos sean comunicados y recibidos, éstos no pasan de ser puros eventos biológicos sin ninguna resonancia sobre la sociedad. Lo anterior no significa que la sociedad pudiera existir si no existieran individuos, en su doble dimensión, biológica y psicológica. Estos son un presupuesto necesario. Lo único que ocurre es que no forman parte como tales de la autorreferencialidad del sistema social”. GARCIA AMADO Juan, La Filosofía del Derecho de Habermas Y Luhman, pág. 155 y 156, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

sociedad, no pueden ser externalizados ni tratarse como una cosa de un entorno, ya que todo lo que es comunicación es sociedad.

La manera tradicional de tratamiento de la comunicación supone sujetos: el hombre es quien comunica. Para Luhmann esto es una ilusión de óptica. Es cierto que la comunicación supone el concurso de un gran número de personas, pero precisamente debido a eso la unidad de operación de la comunicación no puede ser imputada a ninguna persona en particular. La comunicación es genuinamente social, ya que tiene como supuesto un sistema social de comunicación, para que cada individuo lo actualice. La comunicación no se distingue porque produzca una conciencia común colectiva, en el sentido de una total compatibilidad con toda la complejidad subjetiva de los individuos; la comunicación no puede operar un consenso en el sentido de un acuerdo completo, y sin embargo la comunicación funciona. Es decir, la comunicación se sitúa por encima de estados psíquicos divergentes. Querer explicar la comunicación como acuerdos entre los individuos supondría el presupuesto (altamente discutible) de una total simetría de estados subjetivos.

La comunicación se instaura como un proceso emergente, en el proceso de la civilización. Los seres humanos se hacen dependientes de este sistema emergente de orden superior, con cuyas condiciones pueden elegir los contactos con otros seres humanos. Este sistema de orden superior es el sistema de comunicación llamado sociedad.

La comunicación restringe y distribuye las posibilidades reales de selección que puedan presentárseles a los individuos considerados aisladamente. De aquí que la sociedad (la comunicación) consista fundamentalmente en procesos de reducción de las posibilidades abiertas. La comunicación condensa posibilidades, determina lo que es factible evolutivamente, establece formas preestructuradas que significarán el punto de partida restringido de toda experiencia subjetiva humana.”⁷¹

Desde esta perspectiva la “humanización” (en el sentido de interacción social) de los sujetos biológicos que llamamos hombres y mujeres dependería de las oportunidades que

⁷¹ TORRES Javier, “Nota a la versión en español” de la Teoría de la Sociedad, pág. 15, Universidad de Guadalajara / Universidad Iberoamericana / Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, Jalisco, 1993.

ellos tengan para actualizar y usar los complejos subsistemas de comunicaciones, que constituyen a su vez los subsistemas político, jurídico, económico, etc., los cuales conforman el sistema global de la sociedad.

Así pues la condición de comunicarse operaría como condición de posibilidad de todos los subsistemas sociales y por tanto como base y fundamento de cualquier forma de derecho que se genere en el subsistema jurídico como mecanismo para establecer expectativas normadas de previsibilidad sobre comportamiento propio y ajeno⁷². O dicho en otras palabras ningún derecho, incluso el de comunicarse, sería posible sin la comunicación misma, pues toda formulación de derecho implica necesariamente la producción de un horizonte de sentido para reducir complejidad social desde la función específica del sistema jurídico, lo cual es imposible de realizar al margen de la comunicación.

3.1. Positivismo y Realismo frente al problema de la fundamentación

Para los positivistas en estricto sentido, es decir para aquellos que sostienen que el derecho es tal, solamente si ha sido formulado en cuerpos legales, siguiendo los procedimientos formales previstos para su creación y preservando la coherencia lógica y sistémica en su estructuración (léase redacción), el problema de la fundamentación no es relevante; pues para **ser** y **actuar** en las relaciones sociales como mecanismos de control con capacidad real de coerción, en la sociedad o sociedades en que ha sido adoptado, no precisa de fundamento o justificación moral o filosófica alguna⁷³. Al respecto, Manuel

⁷² “Como ya sabemos, todo sistema parcial de la sociedad participa de la autopoiesis del sistema global y se compone de comunicaciones, pero necesita además un elemento especificador: su orientación exclusiva a una función. En el caso del sistema jurídico esa función se relaciona con “un uso específico de la normatividad”. Consistente en “la utilización de perspectivas conflictuales para la formación y reproducción de expectativas de comportamiento congruentemente generalizadas en lo temporal, material y social”.

Ya hemos explicado como, según Luhmann, el origen de los sistemas sociales estriba en la solución del problema de la doble contingencia por medio de la formación de expectativas, que permiten a los individuos orientarse y hallar vías de interrelación en medio del enorme campo teórico de posibilidades que se abren ante cada relación. Pues bien, esa seguridad que hace esperable el comportamiento propio y ajeno bajo pautas comunes no sería posible sin el derecho. El derecho permite la “generalización” de esas expectativas de expectativas, les da un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada interrelación particular, permite su vigencia como estructuras sociales”. GARCIA AMADO Juan, La Filosofía del Derecho de Habermas Y Luhmann, pág. 168y 169, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

⁷³ “El derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y, en

Lázaro, refiriéndose al positivismo, señala “En tal concepción, la cuestión sobre saber si una ley es justa o no, carece de sentido, pues plantearla supone que existe un valor o norma trascendental independientemente del derecho positivo, real. Cosa que se niega en esta postura.”⁷⁴

Desde esta perspectiva se considera al derecho como un producto social e histórico que cada sociedad genera con características específicas, por lo tanto el universo en que el derecho actúa con pretensiones de carácter general y obligatorio es igual al espacio territorial en que éste debería ser aplicable por mandato de las propias reglas jurídicas. De aquí que la universalización, es decir la declaración global de la existencia de uno o varios derechos, depende de la formulación de instrumentos jurídicos vinculantes que sean adoptados por todos los sujetos del Derecho Internacional que tengan la capacidad jurídica para asumir las obligaciones que son el correlato de estos derechos, y por tanto cumplirlos y hacerlos cumplir en sus jurisdicciones específicas.

Desde esta perspectiva los positivistas reconocen en los Instrumentos Internacionales de Derechos humanos con fuerza jurídica vinculante las pruebas de que opera un creciente consenso histórico, nunca antes registrado, para universalizar la adopción de éstos derechos. Así pues, la universalidad de los derechos humanos no es una característica intrínseca a ellos mismos, imputable a un antecedente moral superior, sino un proceso histórico de orden práctico que avanza, aunque con dificultades y matices.

Por su parte los Realistas consideran que el consenso histórico que permite la progresiva universalización de los derechos humanos, resuelve “de alguna manera” el problema de la fundamentación, y son otros los retos que deben ser prioritariamente enfrentados por los actores que tienen interés en la vigencia sociológica de estos derechos. Estos retos por supuesto implican la progresiva adopción o suscripción de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos por parte de todos los Estados del mundo; pero sobre todo enfatizan que los esfuerzos jurídico-político de los pueblos y los Estados deben concentrarse en el desarrollo de mecanismos efectivos que permitan su

general, la justicia legal”. BOBBIO Norberto, citado por NINO Carlos, *La Definición de Derecho y de Norma Jurídica*, pág. 33, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.

⁷⁴ LAZARO Manuel, “Apuntes sobre los Fundamentos Ético Filosóficos de los Derechos Humanos”, texto trabajado para los estudiantes del Diplomado Superior de Derechos Humanos de la FLACSO, Quito, 1998.

aplicabilidad integral en las relaciones cotidianas entre los sujetos de cada sociedad, y de éstos con las instituciones sociales, estatales y de mercado, que operan a nivel nacional y global.

CAPITULO IV

LA FORMULACION DEL DERECHO A LA COMUNICACIÓN

4.1. Antecedentes y tendencias en la formulación del derecho a la comunicación

El derecho a la comunicación como un derecho humano fue presentado por primera ocasión en 1969, según señala Jean D'Arcy, "como un concepto todavía en curso de gestación... [enunciado] de una manera esencialmente prospectiva y como una posible dirección de investigación"⁷⁵. En ese sentido este autor consideraba que el derecho a la comunicación necesariamente tendría que ser más amplio que el derecho a la información, que fue reconocido en el Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y que su formulación debería tener en cuenta, básicamente, las siguientes consideraciones⁷⁶:

- La noción de evolución ascendente de las libertades y de los deberes constituye el núcleo mismo de la propuesta de formular un derecho a la comunicación. No se trata de abolir un derecho para sustituirlo por otro, sino de tomar conciencia de la corriente y los logros científico-técnicos de la época para generar libertades crecientes, derechos y deberes nuevos.
- Que la comunicación es un dato originario y natural (de base biológica) que caracteriza la relación del individuo con sus semejantes.
- Que el desenvolvimiento de la especie humana ha estado estrechamente condicionado, desde sus orígenes, por las formas de comunicarse y que la sociedad nace de la comunicación establecida entre sus miembros.
- Que todos los elementos mencionados son base suficiente para formular un derecho humano a la comunicación

⁷⁵ D'ARCY Jean, El derecho a comunicar, pág.1, UNESCO, Serie de Estudios y Documentos de Información, Documento N° 36.

⁷⁶ Ver, D'ARCY Jean, El derecho a comunicar, UNESCO, Serie de Estudios y Documentos de Información, Documento N° 36.

Sin embargo, todas estas pautas reclamaban una mayor investigación jurídica, pero también sociológica y cultural del complejo fenómeno de la comunicación, para poder emprender en el reto de plantear una formulación jurídica del derecho a la comunicación.

Por muchos años este reclamo de mayor investigación y reflexión, así como el debate jurídico alrededor de él, se han producido sin lograr avances sustanciales⁷⁷ en la formulación del derecho a la comunicación, aunque ciertamente se han realizado varios intentos en esta dirección, pero sin lograr el acotamiento en clave jurídica del contenido, alcance, titulares, responsables, obligaciones, de tal derecho (o derechos) así como la definición de las consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de las obligaciones que son el correlato del derecho.

A continuación intentamos caracterizar las tendencias en que esos intentos de avanzar se ha producido:

La primera tendencia que llamaremos *fundacional*, está caracterizada porque aspira a dotar al derecho a la comunicación de un contenido jurídico inédito que rompa con los presupuestos jurídico-políticos que caracterizaron a los derechos tradicionalmente relacionados con la comunicación; estos es, que se aparte de la matriz liberal originaria y que se aparte más aún de la pretensión neoliberal de que esos derechos sean entendidos y vividos como una proyección de la noción hegemónica de mercado promovida por los intereses capitalistas transnacionales en materia de comunicaciones y telecomunicaciones. Desde esta perspectiva el derecho a la comunicación debería constituirse en un pilar fundacional que inaugure un nuevo orden de derecho en el que sean posibles interacciones sociales distintas y más equitativas que las de signo liberal. En relación a esta tendencia Navas ha señalado:

⁷⁷ “Ha finalizado en Ginebra [Diciembre de 2003] la primera fase de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información y paralelamente a ella ha tenido lugar el primer *Foro Mundial sobre el Derecho a la Comunicación*.”

Uno de los productos más esperados de estos eventos era un pronunciamiento sobre los derechos humanos en materia de comunicación. Esto no ha ocurrido a través de nuevas formulaciones relativas a un derecho a la comunicación (...) el derecho a la comunicación, continúa siendo una idea inacabada e innovadora frente a las formas tradicionales de ver, desde los derechos, al campo de la comunicación”. NAVAS Marco, *Los Derechos de la Comunicación*, pág. 314 y 317, INREDH /Punto de Comunicación, Quito, 2004.

“Hasta ahora mucha de la reflexión al respecto había estado encaminada a construir un nuevo *derecho a la comunicación*. Según algunos, este derecho debía ser radicalmente distinto de las libertades de expresión e información. Un derecho que rompa con los derechos existentes.

En esta línea, autores como Antonio Pascuali, reflexionan sobre el tema insinuando la necesidad de un corte radical entre los viejos derechos comunicacionales –las libertades- y el nuevo derecho.”⁷⁸

Frente a esta tendencia Navas, ha señalado que “lo grave es que una línea de análisis basada en la discontinuidad y oposición entre las libertades de expresión e información y el nuevo derecho a la comunicación, puede conducir a una estrategia equivocada, en donde los sectores de la sociedad civil apuesten todo por el reconocimiento de un nuevo derecho y descuiden otras instancias de acción.

(...) A pesar de haber surgido de contextos históricos anteriores: el de las revoluciones burguesas occidentales (Siglo XVIII) en el caso de la libertad de expresión, y el de posguerra (Siglo XX) en el de la libertad de información; estos conceptos están permanentemente en revisión producto precisamente de los colectivos sociales que presionan para darles nuevos alcances. Una muestra de esto es la relativamente reciente Declaración de Principios Sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se le otorgan nuevos alcances a este derecho, reconocido en el Art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos”.⁷⁹

Con estos argumentos y sosteniendo que no es posible, por los avances en materia de exigibilidad de derechos humanos, sostener que los actuales derechos relacionados con la comunicación sean instrumentos de los intereses de una ideología, Navas, opta por recomendar: “una estrategia heterodoxa, no radical de negar y deslegitimar los derechos reconocidos buscando inventar uno distinto; tarea, por otro lado, ilusoria.”

⁷⁸ NAVAS Marco, Los Derechos de la Comunicación, pág. 318, INREDH /Punto de Comunicación, Quito, 2004.

⁷⁹ NAVAS Marco, Los Derechos de la Comunicación, pág. 320 y 321, INREDH /Punto de Comunicación, Quito, 2004.

Desde nuestra perspectiva los argumentos de Navas promueven una posición respecto de la formulación del derecho a la comunicación, desde la cual dicha formulación sería un proceso que, necesariamente ha de considerarse como, políticamente continuo y conceptualmente acumulativo, ya que a su criterio hacer otra cosa sería “ilusorio”.

La necesidad de continuidad política a que apela este autor se subraya no solo en el *deber* de valorizar el origen político burgués de los derechos tradicionalmente relacionados con la comunicación como punto de partida de cualquier intento de formulación del derecho a la comunicación, sino y sobre todo, a través de la idea de que la ampliación de los alcances de estos derechos, y de una eventual formulación del derecho a la comunicación, puede ser promovida, entre otros, por los actores sociales, pero que tal iniciativa adquiere *validez* solo si se consagra en las instancias y mecanismos que el propio sistema ha creado, como por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, nosotros consideramos que la discontinuidad en la matriz política que informa y condiciona la generación de los derechos en general, y de los derechos relacionados con la comunicación en particular, si permite la formulación de un derecho a la comunicación con el carácter fundacional que hemos descrito. Es evidente que esta discontinuidad en la matriz política no nos es próxima en el tiempo, pero ello no implica que no pueda ocurrir. Renunciar a esta posibilidad, que es la posibilidad de re-significar constantemente el orden jurídico-político desde la interacción social, es aceptar como verdadera la sentencia de Fukuyama respecto de que el fin de la historia ha llegado.

Concurrentemente, tener presente que la discontinuidad en la matriz política dominante es una posibilidad, no debería implicar inercia, renuncia o desaprovechamiento de los pequeños o grandes espacios para la deliberación entre los actores sociales que brindan los derechos reconocidos por los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en materia de comunicación. Hacer esto denotaría falta de sentido estratégico por parte de quienes estamos interesados en promover acciones contra-hegemónicas frente a las prácticas comunicativas globalizadas; pero también resultaría equivocado y denotaría carencia de horizonte político si confiásemos a las propias instancias y reglas del sistema

la tarea de realizar cambios sustanciales que re-definan las relaciones de poder⁸⁰ que están implícitas en todas las interacciones sociales en tanto actos de comunicación, lo cual incluye, por supuesto, la tarea de formular un derecho a la comunicación en los términos promovidos, por ejemplo, por Antonio Pascuali.

Son esos términos y esas aspiraciones las que, según el profesor Sean O'Siochru, participante del seminario organizado por la campaña CRIS⁸¹ en el marco del V Foro Social Mundial, fueron un componente central en los debates de los años 80 en torno a la propuesta de un Nuevo Orden Mundial de la Información y la Comunicación (NOMIC), que no prosperó en la UNESCO, provocando un enfrentamiento que culminó en la salida de Estados Unidos y Gran Bretaña de este organismo mundial⁸².

En esta tensión dinámica entre lo posible y lo deseable el profesor Cees Hamelink ha propuesto una Declaración Sobre el Derecho a la Comunicación, que desde nuestra perspectiva es un esfuerzo crítico por romper la continuidad política y conceptual de los derechos relacionados con la comunicación, aunque sin resultados exitosos.

La segunda tendencia que se ha generado respecto de los intentos de avanzar en la formulación del derecho a la comunicación es la que denominaremos *Paraguas*. Que en efecto a usado la metáfora de un paraguas para referirse a lo que podría ser el derecho a la comunicación, entendido como una cubierta que agrupa a los derechos tradicionalmente relacionados con la comunicación, consolidando su ejercicio y explorando nuevos alcances o nuevos contenidos de estos derechos frente a situaciones o necesidades concretas, como por ejemplo el acceso y uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. El pensamiento de Navas se inscribe en esta tendencia y la ilustra, al respecto señala:

“Insistimos por lo tanto, y especialmente desde una perspectiva latinoamericana, en que se puede trabajar afianzando los derechos existentes y, al mismo tiempo, trabajando en propuestas de contenidos específicos de nuevos derechos a la comunicación, que tengan

⁸⁰ Ver FOUCAULT Michel, “Tercera Lección: La guerra en la filigrana de la paz”, en *Genealogía del Poder*, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1982.

⁸¹ Campaña por los Derechos de la Comunicación en la Sociedad de la Información (CRIS)

⁸² Ver “Derechos de la comunicación: nuevos retos”, artículo escrito por Sally Burch, publicado en <http://www.crisinfo.org/content/view/full/674/>

que ver con necesidades concretas de acceso, participación, uso y apropiación de las TIC, en el contexto de la SI [Sociedad de la Información].

Hay que trabajar entonces, en la mejor forma de enunciar estas necesidades como derechos, pero también en armonizar estos novísimos conceptos con los derechos ya existentes.

Además, desde una óptica estratégica, continuar la labor de resignificación o reescritura que amplíe la protección que puede demandarse a partir de los derechos tradicionales, sobre todo, a través de la interposición de demandas y peticiones, con la consiguiente labor ante los tribunales y jueces, además de las acciones de conocimiento y socialización. Estos no son aspectos que se puedan descuidar.”

4.2. Asumiendo el reto de la formulación

Consideramos que Navas pone en perspectiva el reto de la formulación del derecho a la comunicación y asumiendo sus palabras empezamos, desde las argumentaciones filosóficas que intentan fundamentar el derecho a la comunicación, nuestra primera aproximación jurídica a la formulación de este derecho. Así pues, recogemos el doble carácter que podría tener el derecho a la comunicación desde las teorías filosóficas estudiadas, esto es:

a) Como una capacidad intrínseca de los seres humanos, ya sea considerados en su dimensión individual o en su dimensión colectiva (como la agrupación de miembros constituyentes de una sociedad organizada) que condensa su potestad deliberativa y los habilita a cuestionar y re-significar los discursos de sentido de un determinado orden social; y,

b) Como un bien social que existe independientemente de cada individuo, pero cuya apropiación y uso esta directa y proporcionalmente relacionado con la distribución o restricción de posibilidades y oportunidades de desarrollo humano así como de disfrute de los demás derechos humanos; por tanto, el derecho al comunicación estaría constituido por el conjunto de condiciones jurídicas, políticas, económicas, tecnológicas y de cualquier otra índole que el Estado debe generar obligatoriamente para maximizar

progresivamente las posibilidades reales de cada sujeto social para acceder, usar y apropiarse de todos los bienes y servicios producidos globalmente con fines o efectos comunicativos.

Lejos de considerar que estas aproximaciones son contradictorias, nos parece que son complementarias, y desde ellas nos animamos a postular una formulación jurídica del derecho humano a la comunicación de la siguiente manera:

DERECHO A LA COMUNICACION

Las personas, las comunidades y los pueblos tienen derecho a recibir del Estado de forma progresiva el conjunto de bienes y servicios públicos de la más alta calidad disponible que tengan finalidad o efecto comunicativo, de modo que puedan acceder, usar y apropiarse de las ventajas y prestaciones que ofrecen tales bienes y servicios para potenciar el mejoramiento de sus condiciones de vida y garantizar el libre ejercicio de la potestad deliberativa de las personas, aunque ello implique el cuestionamiento a las actuaciones de los poderes públicos y privados así como la resignificación, por las vías legítimas, de la reglas sociales, jurídicas y económicas que operan en el territorio del Estado.

Los funcionarios o autoridades públicas, nombradas o electas, que incumplan con las obligaciones emanadas del derecho a la comunicación serán juzgadas en la vía administrativa, y de comprobarse responsabilidad en la violación de este derecho serán sancionados con la destitución de sus cargos, sin perjuicio de repetir a favor del Estado las indemnizaciones que éste haya pagado como parte de las reparaciones debidas a las personas afectadas por la violación del derecho; y sin perjuicio de responder penalmente en caso de que las acciones violatorias a este derecho constituyesen además delitos tipificados en el ordenamiento jurídico nacional.

En caso de que las acciones violatorias al ejercicio del derecho a la comunicación provengan de personas particulares aunque sean impulsadas a nombre de empresas o corporaciones nacionales o transnacionales, se aplicará para éstas las sanciones que contemple el ordenamiento jurídico nacional para la violación a la libertad de expresión, sin perjuicio de que se indemnice a las personas afectadas por los daños causados.

La formulación que proponemos no es subsumible, en rigor, ni a la tendencia *fundacional* ni a la tendencia *paraguas* que hemos descrito en el acápite anterior, puesto que aunque tiene la intención de dotar al derecho a la comunicación de un contenido jurídico inédito que rompa con los presupuestos jurídico-políticos que caracterizaron a los derechos tradicionalmente relacionados con la comunicación, no logra desligarse de ellos, ya que para imprimir sentido y factibilidad a su aplicabilidad necesariamente ha de remitirse a ellos aunque no busque su continuidad.

4.3. Análisis de eficacia normativa sobre la formulación del derecho a la comunicación propuesta.

Bajo la influencia de Hans Kelsen⁸³, la construcción moderna del derecho requiere, para afirmar que una norma jurídica es eficaz, comprobar al menos que en ella se pueda determinar quiénes son sus titulares, quiénes son las personas que son responsables de las obligaciones frente al derecho, cuál es el contenido del derecho y de las obligaciones que son su correlato, cuándo y dónde es aplicable la norma jurídica, cuáles son las consecuencias jurídicas en caso de violación del derecho o incumplimiento de las obligaciones establecidas.

Consecuentemente, si una norma jurídica supera este examen se considera que la formulación de la misma es eficaz, y por tanto, es posible de ser aplicada desde la racionalidad jurídica si fuese incluida en un cuerpo legal, vale decir si fuese incorporada a un ordenamiento jurídico determinado.

Aunque estamos conscientes de que la formulación planteada tiene dificultades para superar un examen de eficacia riguroso, a continuación intentamos realizarlo, con la expectativa de evidenciar al menos estas dificultades para que puedan ser tratadas en futuros trabajos de investigación así como de esbozar las líneas generales con que podrían ser abordadas.

⁸³ Ver KELSEN Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1960.

4.3.1 Los titulares del derecho

Desde la definición planteada los titulares del derecho serían las personas individualmente consideradas independientemente de cualquier condicionamiento social, de origen, étnico-cultural, económico, de género o de cualquier otra índole.

Lo cual no necesariamente implica que las condiciones para el ejercicio de este derecho serán idénticas, puesto que el Estado puede adoptar medidas de discriminación positiva⁸⁴ que prioricen la disponibilidad de los bienes y servicios referidos a los grupos especialmente vulnerables por existir una situación de inequidad real frente a otros sectores de la sociedad.

También serían titulares de este derecho las comunidades, entendidas como la agrupación de personas que tienen un interés o una característica en común que las agrupa o les da una identidad, independientemente de que se hayan o no constituido formalmente.

En este caso le corresponderá al juez, que conozca de una reclamación sobre el ejercicio del derecho a la comunicación, calificar la pertinencia de atribuir la calidad de comunidad a aquellas agrupaciones de personas que no se han constituido formalmente siempre que la ley no les otorgue esa calidad.

⁸⁴ “La igualdad y la no discriminación se desprende de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados Democráticos definió que solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable” (...) Existen en efecto ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes a quienes parezcan como jurídicamente débiles (...) No habrá pues discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción para de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84, del 11 de enero de 1984.

Finalmente son titulares de este derecho los pueblos en su acepción amplia, es decir como el conjunto de individuos que agrupados constituyen una nación o naciones que integran un Estado.

Uno de los problemas para activar una reclamación jurídica a nombre de un pueblo o nacionalidad, es determinar si cualquiera de sus miembros está facultado a presentar la acción jurídica de reclamación o si se debe nombrar uno o más representantes que actúen como actores legitimados de dicha acción.

4.3.2 Personas que son responsables de las obligaciones frente al derecho

Aunque en general cualquier persona tiene la responsabilidad de abstenerse de violar el derecho a la comunicación, identificamos como las personas responsables de cumplir las obligaciones frente a este derecho a las autoridades y funcionarios públicos, nombradas o electas, que ejerzan competencia legal relacionada con los bienes y servicios públicos que tiene finalidad o efecto comunicativo.

En ciertas ocasiones estas competencias están claramente definidas por la ley como en el caso de los ministros o secretarios de Estado que se ocupan del tema de comunicaciones y telecomunicaciones; sin embargo en otras ocasiones es preciso que sea el juez quien califique si el funcionario o autoridad demandada, en cada caso concreto, realmente detenta una responsabilidad respecto de la disponibilidad de bienes y servicios que tienen finalidad o efecto comunicativo.

4.3.3. Contenido del derecho y de las obligaciones que son su correlato⁸⁵

El núcleo del derecho consiste en que sus titulares deben *“recibir del Estado de forma progresiva el conjunto de bienes y servicios públicos de la más alta calidad disponible que tengan finalidad o efecto comunicativo, de modo que puedan acceder, usar y apropiarse de las ventajas y prestaciones que ofrecen tales bienes y servicios para potenciar el mejoramiento de sus condiciones de vida y garantizar el libre ejercicio de la potestad deliberativa de las personas”*

Planteado en términos de obligaciones esto implicaría que:

⁸⁵ Este acápite ha sido trabajado con base en las obligaciones fundamentales del Estado en materia de Derechos Humanos. Ver BENALCAZAR Patricio, JURADO Romel y otros, El Derecho a la Reparación en el Procesamiento Penal, pág. 113-118, INREDH-CEPAM, Quito, 2000.

a) El Estado debe abstenerse de realizar actos o decisiones que tengan el efecto de restringir o violar el derecho a la comunicación.

b) El Estado debe elaborar e implementar un conjunto de políticas públicas que viabilicen progresivamente la disposición de los bienes y servicios que tienen finalidad o efecto comunicativo, para que los titulares del derecho accedan, usen y se apropien de las ventajas y prestaciones que ofrecen tales bienes y servicios para potenciar el mejoramiento de sus condiciones de vida y garantizar el libre ejercicio de la potestad deliberativa de las personas

Uno de los primeros problemas a enfrentar en esta formulación es definir qué se entiende por bienes y servicios públicos, los cuales desde nuestra perspectiva abarcan a todos aquellos que posee o presta el Estado directamente o por delegación o concesión, en cumplimiento de las leyes que operan en cada Estado.

Otra de las más grandes dificultades respecto de esta obligación es acotar con precisión el conjunto de estos bienes y servicios; pues aunque en principio podrían involucrar el establecimiento de medios y sistemas de comunicación públicos como por ejemplo de telefonía, radio, televisión, periódicos, telecentros, etc. también podrían extenderse a otros servicios como por ejemplo de educación, sistemas de participación ciudadana en la planificación y presupuestación públicas, sistemas de control ciudadano a la gestión pública, etc. puesto que todos ellos concurren para el ejercicio de la potestad deliberativa que está en el núcleo del derecho a la comunicación.

Así mismo está el problema de determinar si estos bienes y servicios públicos deben hacerse accesibles al universo de ciudadanos con condiciones y costos diferenciados, dependiendo de su capacidad económica, sin que esto constituya una forma de discriminación o exclusión de los sectores más empobrecidos o de los sectores que si pueden pagar por estos bienes y servicios a costos reales de mercado. Al respecto, consideramos que el derecho a la comunicación puede hacer uso del principio de discriminación positiva para garantizar el acceso universal de estos bienes y servicios a los sectores sociales que no tienen capacidad de pago, sin que esto constituya un trato discriminatorio para los sectores que pueden cubrir los costos reales o de mercado.

Por otra parte entendemos que la implementación progresiva de las medidas de política pública implica la aplicación del *principio de progresividad*, por el cual el Estado debe implementar medidas para ampliar y/o mejorar las condiciones que permitirán el disfrute pleno del derecho a la comunicación utilizando para ello el máximo de los recursos disponibles, ya sean propios o de la cooperación internacional.

La progresividad implica siempre avance, es decir ir de una menor cobertura y calidad de los bienes y servicios que sirven para concretar el ejercicio del derecho a la comunicación a una mayor cobertura y calidad de los mismos, consecuentemente la inacción de un gobierno, su retardo irrazonable en la implementación de las medidas de política pública necesarias, o la adopción de medidas de política pública que restrinjan o disminuyan el ejercicio del derecho a la comunicación, constituyen formas de violar el principio de progresividad.

Además, la progresividad impone a los Estados y sus gobiernos la necesidad de reordenar sus agendas públicas, es decir redefinir cuales son los temas que recibirán atención prioritaria, lo que implica simultáneamente reordenar las prioridades de asignación de recursos. En efecto, no se trata de asignar los recursos remanentes del Estado a la implementación de medidas para contribuir a la efectivización del derecho a la comunicación, sino que, teniendo en cuenta que el ejercicio de este derecho es de suprema trascendencia, debe constituirse en primera y prioritaria obligación del Estado, por lo tanto debería asignarse también primero y prioritariamente recursos para satisfacer las prestaciones y crear las condiciones que permitan un disfrute integral de este derecho.

Como es fácil de deducir, una correcta aplicación del principio de progresividad puede ser una de las más grandes dificultades prácticas para viabilizar la inclusión del derecho a la comunicación en el ordenamiento jurídico de cualquier Estado, no solo por la cantidad de recursos que permanentemente demanda su aplicación, sino también porque los actores nacionales e internacionales que inciden en la definición de las políticas públicas están permanentemente disputando los recursos disponibles de los Estados con la pretensión de maximizar o favorecer sus intereses específicos, piénsese por ejemplo en el caso de los organismos multilaterales de crédito que condicionan con medidas coercitivas el

cumplimiento de las obligaciones internacionales por el pago del servicio de la deuda externa, aún cuando ello implique restricciones reales para atender demandas sociales básicas como las de nutrición infantil, educación y salud de las poblaciones de los países endeudados.

Concurrentemente la cobertura universal de estos servicios para sectores sociales sin capacidad de pago a cargo del Estado podría implicar una mayor intervención del Estado en la prestación directa de los bienes y servicios comprendidos dentro del derecho a la comunicación, los cuales generaría tensiones con los actores de mercado nacionales y sobre todo internacionales, para los cuales resulta inconveniente que el Estado asuma directamente esa responsabilidad, pues encuentran que esta posición atentaría contra la libertad de mercado y generaría una competencia desleal que disminuye sus oportunidades de obtener réditos económicos para su empresas.

c) El Estado tiene la obligación de prevenir la violación del derecho a la comunicación adoptando todo tipo de medidas políticas, administrativas, legislativas o de cualquier otra índole; y dado el caso que tales violaciones se produjesen ya sea por el obrar de particulares o de agentes del Estado, debe dotar a las personas titulares de este derecho de los mecanismos jurídicos de investigación, procesamiento y sanción de los responsables de la violación, así como los procedimientos y formas de reparación por los daños y perjuicios causados.

El cumplimiento de esta obligación no deja de ser problemática, sobre todo si se tiene en cuenta las tensiones descritas en el acápite 1.2 del Primer Capítulo de esta Tesis, referidas a la valoración diferenciada que subsiste entre los derechos humanos civiles y políticos frente a los derechos humanos sociales, económicos y culturales, que entre otras cosas, se expresa en definir con mayor precisión y cobertura las instancias, mecanismos, procedimientos y sanciones jurídicas que sirven para procesar la violación a un derecho civil y político tanto dentro del ordenamiento jurídico interno cuanto en el orden internacional.

En efecto dado que el derecho a la comunicación, tal como lo hemos formulado, tiene dos vertientes jurídico-filosóficas, es muy probable que los Estados se sientan con mayor predisposición a establecer mecanismos jurídicos de exigibilidad menos eficaces para

proteger los aspectos sociales, económicos y culturales del derecho a la comunicación, o simplemente no incluirlos; en tanto que puedan actuar con mayor predisposición para generar mecanismos de justiciabilidad más eficaces en los aspectos civiles y políticos de este derecho.

Desde nuestra perspectiva, unos y otros aspectos deberían contar con los mismos mecanismos de exigibilidad jurídica, no solo porque forman parte de un único e indivisible derecho, sino también porque actuar de forma diferente implicaría la imposibilidad jurídica de exigir el cumplimiento del derecho a la comunicación en términos integrales, lo cual equivale al incumplimiento de la obligación de protección que todo Estado tiene en materia de derechos humanos.

4.3.4 Consecuencias jurídicas en caso de violación del derecho o incumplimiento de las obligaciones establecidas

Las consecuencias jurídicas por la violación del derecho a la comunicación son directamente imputables a los sujetos responsables de cumplir las obligaciones que son su correlato, tales sujetos ya fueron definidos en el acápite 4.3.2 de este Capítulo, y de acuerdo a la definición del derecho a la comunicación que planteamos tales consecuencias se expresan de la siguiente manera:

“Los funcionarios o autoridades públicas, nombradas o electas, que incumplan con las obligaciones emanadas del derecho a la comunicación serán juzgadas en la vía administrativa, y de comprobarse responsabilidad en la violación de este derecho serán sancionados con la destitución de sus cargos, sin perjuicio de repetir a favor del Estado las indemnizaciones que éste haya pagado como parte de las reparaciones debidas a las personas afectadas por la violación del derecho; y sin perjuicio de responder penalmente en caso de que las acciones violatorias a este derecho constituyesen además delitos tipificados en el ordenamiento jurídico nacional.

En caso de que las acciones violatorias al ejercicio del derecho a la comunicación provengan de personas particulares aunque sean impulsadas a nombre de empresas o corporaciones nacionales o transnacionales, se aplicará para éstas las sanciones que contemple el ordenamiento jurídico nacional para la violación a la libertad de expresión, sin perjuicio de que se indemnice a las personas afectadas por los daños causados.”

Desde nuestra perspectiva el primer nivel de sanción debe provenir de un procesamiento judicial en el ámbito administrativo de las acciones de los agentes estatales que tengan el efecto de violar este derecho, que se ha de orientar básicamente a dejar sin efecto el acto que constituye la violación del derecho y a disponer todo tipo de medida que sea necesaria para su cabal ejercicio, sin excluir la destitución del cargo de quien ordenó o realizó el acto administrativo juzgado si no adopta las medidas necesarias para restituir el ejercicio del derecho en un plazo perentorio.

En cuanto a la obligación de indemnizar a los afectados por la violación del derecho a la comunicación, ésta constituye un deber puntual del Estado y no del funcionario que realizó u ordenó el acto violatorio. Este deber jurídico forma parte de las obligaciones generales del estado en materia de reparación por violaciones a los derechos humanos, que en síntesis son:

- La admisión pública de que el Estado es responsable de la violación del derecho, por los actos lesivos realizados a través de uno o varios de sus agentes;
- Un pronunciamiento público del Estado que incluya una disculpa expresa por los daños ocasionados a las víctimas de la violación del derecho;
- El pago de una indemnización destinada a compensar los perjuicios ocasionados calculada en base del lucro cesante, el daño emergente y el daño moral causado a las víctimas de la violación del derecho;
- La declaración pública del Estado, por la cual se compromete a desplegar todo tipo de medidas que impiden que una violación similar del derecho se produzca en lo futuro;
- La iniciación y prosecución de acciones judiciales por parte del Estado destinadas a sancionar a los responsables de la violación en ámbitos distintos al administrativo, si esto fuese del caso; y,

- La disposición del Estado a realizar actos conmemoratorios destinados a impedir que la memoria colectiva olvide los actos constitutivos de la violación del derecho.⁸⁶

Derivada de la obligación del Estado de indemnizar por la violación del derecho a la comunicación, la definición que proponemos incluye el derecho del Estado a repetir en su favor lo pagado, esto es, el derecho a cobrar, al funcionario concreto que ordenó o realizó el acto constitutivo de la violación, lo que el Estado pago en concepto de indemnización.

Las consecuencias penales que pudiesen existir para los actos que constituyen violaciones al derecho a la comunicación dependerán de los tipos penales que operen en cada Estado. Es decir solo procede la acción penal si los actos que violan el derecho a la comunicación están tipificados en las leyes como infracciones penales.

Además, consideramos que la formulación del derecho a la comunicación planteada, desde su referencia a la reparación integral del daño causado, incluye el deber de todos los funcionarios o autoridades que conozcan del caso de instar a las instancias judiciales pertinentes la investigación y procesamiento penal, si existen indicios de que el acto constitutivo de violación del derecho a la comunicación es además una infracción penal de acuerdo a las leyes que operan en cada Estado.

Finalmente desde la formulación planteada del derecho a la comunicación consideramos que las sanciones aplicables a las violaciones de este derecho realizadas por personas distintas a los agentes estatales, deben ser las que se aplican en cada Estado a las violaciones al derecho a la libertad de expresión, siempre y cuando tales actos no constituyan una infracción más grave de acuerdo a las leyes que operan en cada Estado, en cuyo caso se sancionará con arreglo a los parámetros legales establecidos para tales infracciones.

4.3.5 Aplicación temporal y espacial del derecho a la comunicación

Aunque expresamente la formulación planteada no especifica desde cuándo y en dónde tendrá vigencia el derecho a la comunicación, consideramos que en estos aspectos debe

⁸⁶ Ver BENALCAZAR Patricio, JURADO Romel y otros, El Derecho a la Reparación en el Procesamiento Penal, INREDH-CEPAM, Quito, 2000.

aplicarse las reglas generales para la promulgación de la ley y su aplicabilidad en el territorio de cada Estado.

En términos generales la aplicación temporal de una ley se realiza a partir de su incorporación formal al ordenamiento jurídico mediante la publicación en el registro oficial del Estado, en tanto que su vigencia espacial cubre a la totalidad del territorio del Estado y los demás espacios físicos en que éste ejerce jurisdicción.

Para finalizar este Capítulo y esta Tesis, nos parece necesario reiterar que el proceso de formulación del derecho a la comunicación en su complejidad jurídica requiere todavía de serios esfuerzos de investigación, problematización y reflexión, pero éstos serán insuficientes si paralelamente no se desarrolla una movilidad social que, desde sus propios intereses, canalice en el ámbito político la discusión sobre las condiciones que deberán ser formalizadas mediante las disposiciones legales que incluyan este derecho en el ordenamiento jurídico de los Estados.

CONCLUSIONES GENERALES

- Las tensiones operantes entre las nociones de derechos humanos y democracia respecto del individualismo que subyace a la concepción liberal de los derechos humanos; la valoración diferenciada que subsiste entre los derechos humanos civiles y políticos (de matriz liberal) frente a los derechos humanos sociales, económicos y culturales (de matriz socialista); y, los conflictos culturales que los derechos humanos generan desde su pretensión de universalidad, nos permiten sostener que, desde tales tensiones, la noción hegemónica de democracia liberal ha instrumentalizado la construcción, uso y apropiación de los derechos humanos tradicionalmente relacionados con la comunicación lo cual restringe las posibilidades reales de generar una formulación del derecho a la comunicación, desde la cual sea posible garantizar el ejercicio de la potestad deliberativa de los ciudadanos para construir, de-construir y re-construir permanentemente la participación social y política de los sujetos sociales.
- Impera entre las democracias liberales contemporáneas una versión liberal de los derechos humanos ampliamente difundida y arraigada en los imaginarios sociales occidentales y occidentalizados que es promovida desde la hegemonía de los países capitalistas dominantes, en un marco de relaciones internacionales globalizadas, pero que, sin embargo, no es la única versión de los derechos humanos existente o posible;
- Desde esta versión liberal de los derechos humanos, las libertades de opinión, expresión, difusión e información han sido concebidas y generalmente aplicadas como libertades negativas, vale decir como el conjunto de derechos subjetivos que tienen los individuos, en tanto sujetos privados, frente al Estado y a las demás personas para realizar sus intereses particulares y maximizar sus beneficios en torno a la actividad comunicacional; derechos que son, en ese sentido, reductos de libertad que garantizan la no intervención del Estado o de los particulares siempre que se actúe dentro de los límites legalmente establecidos.
- Desde esta lógica hegemónica liberal, la actividad comunicacional es presentada solo como otra actividad económica que dependiendo de las capacidades competitivas de los actores involucrados, en el juego del libre mercado, brinda mayor rentabilidad a unos u otros individuos. La base de esa competitividad está garantizada por esas

libertades o derechos negativos que impiden la coacción externa en sus decisiones, las cuales a su vez solo buscan maximizar los intereses privados de quienes realizan actividad comunicacional.

- El contexto geopolítico internacional generado a partir de los sucesos de 11 de septiembre en Nueva York, ha radicalizado el sentido de control de la hegemonía liberal de modo que el paradigma de las libertades absolutas es relegado selectivamente por el paradigma de la seguridad absoluta, cuando ello resulta funcional a los intereses o temores que se agrupan bajo la noción de seguridad nacional y mundial que promueve el gobierno de los Estados Unidos.
- El debate sobre el derecho a la comunicación ha sido encriptado, se ha retirado de su promoción y tratamiento a la UNESCO, y se ha encargado a la Unión Internacional de Telecomunicaciones sustituir este debate por un nuevo paradigma, en el marco del cual los actores globales relacionados con la comunicación deben establecer sus posiciones, se trata del debate sobre la Sociedad Mundial de la Información, que es promovido como una forma de consolidar la libertad de mercado a partir de los avances y potencialidades que ofrecen las tecnologías de la información y comunicación.
- A pesar de los esfuerzos realizados para plantear una formulación del derecho a la comunicación desde los cánones que recogen las tensiones, debates y resignificaciones respecto de la concepción de la democracia contemporánea, los resultados alcanzados, que se expresan en las tendencias denominadas como “*fundacional*” y “*paraguas*”, no han logrado acotar satisfactoriamente los contenidos y alcances de este derecho, por lo que se reconoce una necesidad urgente de profundizar en la investigación jurídica en esa dirección.
- Desde la perspectiva de este trabajo la aproximación a la formulación jurídica del derecho a la comunicación, que se requiere, puede realizarse desde una doble concepción filosófica: libertaria y social, que actúan de forma complementaria y que singulariza a este derecho de la siguiente manera:

- a) Como una capacidad intrínseca de los seres humanos, ya sea considerados en su dimensión individual o en su dimensión colectiva que condensa su potestad deliberativa y los habilita a cuestionar y re-significar los discursos de sentido de un determinado orden social; y,
- b) Como un bien social que existe independientemente de cada individuo, pero cuya apropiación y uso esta directa y proporcionalmente relacionado con la distribución o restricción de posibilidades y oportunidades de desarrollo humano así como de disfrute de los demás derechos humanos
- Con base en esta doble concepción filosófica se planteó la siguiente formulación del derecho a la comunicación:

“DERECHO A LA COMUNICACION

Las personas, las comunidades y los pueblos tienen derecho a recibir del Estado de forma progresiva el conjunto de bienes y servicios públicos de la más alta calidad disponible que tengan finalidad o efecto comunicativo, de modo que puedan acceder, usar y apropiarse de las ventajas y prestaciones que ofrecen tales bienes y servicios para potenciar el mejoramiento de sus condiciones de vida y garantizar el libre ejercicio de la potestad deliberativa de las personas, aunque ello implique el cuestionamiento a las actuaciones de los poderes públicos y privados así como la resignificación, por las vías legítimas, de la reglas sociales, jurídicas y económicas que operan en el territorio del Estado.

Los funcionarios o autoridades públicas, nombradas o electas, que incumplan con las obligaciones emanadas del derecho a la comunicación serán juzgadas en la vía administrativa, y de comprobarse responsabilidad en la violación de este derecho serán sancionados con la destitución de sus cargos, sin perjuicio de repetir a favor del Estado las indemnizaciones que éste haya pagado como parte de las reparaciones debidas a las personas afectadas por la violación del derecho; y sin perjuicio de responder penalmente en caso de que las acciones violatorias a este derecho constituyesen además delitos tipificados en el ordenamiento jurídico nacional.

En caso de que las acciones violatorias al ejercicio del derecho a la comunicación provengan de personas particulares aunque sean impulsadas a nombre de empresas o corporaciones nacionales o transnacionales, se aplicará para éstas las sanciones que contemple el ordenamiento jurídico nacional para la violación a la libertad de expresión, sin perjuicio de que se indemnice a las personas afectadas por los daños causados.”

- La formulación planteada constituye solo un punto de partida para profundizar la investigación jurídica que permita acotar el alcance y los contenidos del derecho a la comunicación; sin embargo, una vez que realizamos un examen de eficacia normativa a esta formulación fue posible identificar las tensiones más relevantes que condicionan su inclusión en el ordenamiento jurídico de cada Estado en la siguientes categorías:
 - a) Los titulares del derecho
 - b) Personas que son responsables de las obligaciones frente al derecho
 - c) Contenido del derecho y de las obligaciones que son su correlato
 - d) Consecuencias jurídicas en caso de violación del derecho o incumplimiento de las obligaciones establecidas
 - e) Aplicación temporal y espacial del derecho

- El proceso de formulación del derecho a la comunicación en su complejidad jurídica requiere todavía de serios esfuerzos de investigación, problematización y reflexión, pero éstos serán insuficientes si paralelamente no se desarrolla una movilidad social que, desde sus propios intereses, canalice en el ámbito político la discusión sobre las condiciones que deberán ser formalizadas mediante las disposiciones legales que incluyan este derecho en el ordenamiento jurídico de los Estados.

RECOMENDACIONES

- Se requiere ampliar el debate político, jurídico y social que se ha articulado para cuestionar la versión hegemónica de los derechos humanos de vertiente neo-liberal, y encontrar otras u otras versiones de ese discurso fundamentador de las democracias contemporáneas, pues sin esta nueva versión del discurso de los derechos humanos las posibilidades de formular un derecho a la comunicación, desde la perspectiva de la equidad social y la potestad deliberativa resignificadora, se verán disminuidas por la presión del continuismo político-filosófico.
- Se deben incrementar los cuestionamientos teóricos y prácticos a la noción de que las libertades tradicionalmente relacionados con la comunicación son un mero conjunto de derechos subjetivos que tienen los individuos, en tanto sujetos privados, frente al Estado y a las demás personas para realizar sus intereses particulares y maximizar sus beneficios en torno a la actividad comunicacional. Libertades que posibilitan tratar estos derechos como apéndices o derivaciones de la libertad de mercado, y a la comunicación como una mercancía o un territorio de lucrativos negocios privados.
- Es preciso devolver el debate sobre la comunicación y el derecho a la comunicación, en el ámbito internacional, al seno de la UNESCO, y simultáneamente desarrollar estrategias destinadas a neutralizar el propósito la Unión Internacional de Telecomunicaciones y las empresas transnacionales de tecnología de comunicaciones de convertir el debate sobre la Sociedad Mundial de la Información, en un espacio para consolidar la libertad de mercado a partir de los avances y potencialidades que ofrecen las tecnologías de la información y comunicación.
- Es necesario sostener y profundizar la investigación jurídica respecto de la formulación del derecho a la comunicación, pero simultáneamente es necesario generar espacios de participación ciudadana y estrategias de incidencia social en los espacios estatales de definición sobre las regulaciones y políticas públicas de comunicación y telecomunicaciones.

BIBLIOGRAFIA

ABROMOVICH Víctor y CURTIS Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en <http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332o.htm>

AGUILAR Luis, El Estudio de las Políticas Públicas, Editorial Porrúa, México 1992.

ALMOND, Brenda. "Los Derechos", en Compendio de Ética, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

BACIGALUPO Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, HAMMURABI, Madrid 1986.

BARTOLOMEI María Luisa, en Universalismo y diversidad cultural en Latinoamérica, Serie: Estudios Básicos en Derechos Humanos, Tomo VI.

BELTRAN Luis Ramiro, "Comunicadores y Derechos Humanos: ¿de malos amigos a ángeles guardianes?", en Revista Chasqui N° 64, diciembre, 1998.

BENALCAZAR Patricio, JURADO Romel y otros, El Derecho a la Reparación en el Procesamiento Penal, INREDH-CEPAM, Quito, 2000.

BIDART CAMPOS, Germán, Los medios de comunicación en la democracia", en Revista Peruana de Derechos Constitucional, Lima, 1999.

BOBBIO Norberto, "Presente y Porvenir de los Derechos Humanos", en Anuario de los Derechos Humanos, 1981

BOBBIO Norberto, El Futuro de la Democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

BOBBIO Norberto, Fundamento y Futuro de la Democracia, Edival, Valparaíso, 1987.

BOLIVAR Ligia, Derechos económicos sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes, en Serie de Estudios Básicos de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

BURCH Sally, "Derechos de la comunicación: nuevos retos", en <http://www.crisinfo.org/content/view/full/674/>

COMISION ANDINA DE JURISTAS, Protección de los Derechos Humanos: definiciones operativas, CAJ, Lima, 1997.

COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS HUMANOS, Resolución 16, XXV, Washington, 1969

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-4/84, del 11 de enero de 1984.

CUELLAR Roberto y PACHECO Gilda, Derechos Humanos de las Mujeres: paso a paso, pág. 13 y 14, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/ Women, law & Development International / Human Rights Watch, San José, 2000.

CUMBRE MUNDIAL DE LA INFORMACIÓN, en <http://www.itu.wisis/>

CUNILL Nuria, Repensando Lo Público A Través De La Sociedad, CLAD / Nueva Sociedad, Caracas, 2000.

D'ARCY Jean, El derecho a comunicar, UNESCO, Serie de Estudios y Documentos de Información, Documento N° 36.

"EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN: ¿DERECHO FUNDAMENTAL O INSTANCIA DE FUNDAMENTACION?" en <http://www.ceride.gov.ar/servicios/comunica/ponencias/derecho.htm>

FOUCAULT Michel, "Tercera Lección: La guerra en la filigrana de la paz", en Genealogía del Poder, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1982.

GARCIA AMADO Juan, La Filosofía del Derecho de Habermas Y Luhmman, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

GIUSTI Miguel, "Los derechos humanos en un contexto intercultural", OEI, en <http://www.campus-oei.org/valores/giusti2.htm>.

HABERMAS Jurgen, La inclusión del otro: estudios de teoría política, Editorial Paidós, Barcelona, 1999.

HARRENDORF Daniel y BIDART CAMPOS Germán, El Diseño de los Derechos Humanos, EDIAR, Buenos Aires, 1991.

Informe Alternativo sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDHDD-Ecuador, Quito, 2001

JURADO Romel y otros, Estudio del derecho a la información y legislación en comunicación desde el enfoque de los Derechos Humanos, INREDH, Quito, 1999.

JURADO Romel, "La pretensión de universalidad de los derechos humanos", ponencia presentada en el "PRIMER CONGRESO ECUATORIANO DE ANTROPOLOGIA JURÍDICA Y PLURALISMO LEGAL", organizado por la Red Ecuatoriana de Antropología Jurídica, Quito, Septiembre, 2003.

KARTASHKIN Vladimir, "Derechos económicos, sociales y culturales", en Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos, Serbal / UNESCO, 1984.

KELSEN Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1960.

LAZARO Manuel, "Apuntes sobre los Fundamentos Ético Filosóficos de los Derechos Humanos", texto trabajado para los estudiantes del Diplomado Superior de Derechos Humanos de la FLACSO, Quito, 1998.

NAVAS Marco, Los Derechos de la Comunicación, INREDH /Punto de Comunicación, Quito, 2004.

NINO Carlos, La Definición de Derecho y de Norma Jurídica, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.

O'DONELL Guillermo "Otra institucionalización", en "La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad", Número 2, segundo semestre de 1996.

O'DONELL Guillermo, "ilusiones sobre la consolidación", en Revista Nueva Sociedad, N° 144, julio-agosto, 1996.

PERLA ANAYA José, "La información, las comunicaciones y el derecho", Universidad de Lima, Lima, 2000.

PERLA José, "Visión en conjunto del derecho de las comunicaciones en el contexto del derecho a comunicar", Universidad de Lima, 2001.

"Propiedad de los medios de Comunicación", en Documentos Temáticos CRIS, 2001.

REGUILLO Rossana, "Un malestar invisible: derechos humanos y comunicación", en Revista Chasqui N° 64, diciembre, 1998.

RUIZ Carlos, "individualismo posesivo, liberalismo y democracia liberal. Notas sobre la contribución de C.B. Macpherson a la teoría democrática", ensayo presentado en el Seminario de "Temas de teoría Democrática", 1984, en www.cepchile.cl/dms/archivo_1102_973/rev17_ruiz.pdf

SANTOS Boaventura y AVRITZER Leonardo, Capítulo Introductoria: Para Ampliar el Canon Democrático, en Democratizar la Democracia, Civilização Brasileira, Río de Janeiro, 2003.

SANTOS Boaventura, Conferencia presentada en el Foro social Mundial temático sobre Democracia, Derechos Humanos, Guerras y Narcotráfico, en Cartagena de Indias, junio de 2003.

SANTOS Boaventura, LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO, Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, en www.uasb.edu.ec/padh/cursos/lecturas/La%2520globalizacion%2520del%2520derecho.rtf+boaventura+de+sousa&hl=es

SOUZA María, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 3-2000, en <http://www.uv.es/CEFD/3/Santos.html>

TORRES Javier, "Nota a la versión en español" de la Teoría de la Sociedad, Universidad de Guadalajara / Universidad Iberoamericana / Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, Jalisco, 1993.

TOURAINÉ Alain, ¿Cómo salir del liberalismo?, PAIDOS, Barcelona, 2000.

TUNNERMAN BERHEIM Carlos, Los Derechos Humanos: Evolución Histórica y Reto Educativo, UNESCO, Caracas,1997.