

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

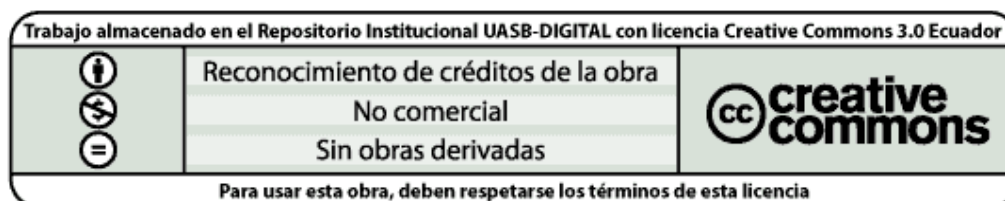
Doctorado en Derecho

**La configuración jurídica de la libertad de creación y expresión
artística en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

Eduardo Calero Jaramillo

Tutora: Claudia Storini

Quito, 2018



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE LA MONOGRAFÍA

Yo, Eduardo Calero Jaramillo, autor de la tesis intitulada “La configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctor en Derecho, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra referida, yo asumiré la responsabilidad frente a terceros y la Universidad.
3. En esta fecha entrego en la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 2 de enero de 2018

Eduardo Calero Jaramillo

CI: 0201036456

Resumen

La Constitución ecuatoriana es innovadora en la historia del pensamiento jurídico ecuatoriano, pues rompe los esquemas tradicionales, y plasma la utopía de una ciudadanización del Estado, por medio de la profundización de la democracia, la centralidad de los derechos y la búsqueda de la armonía en las relaciones de las personas, no solamente entre sí, sino también con la naturaleza.

Entre los derechos reconocidos por la Constitución se encuentran los derechos culturales y, dentro de ellos, destaca por su naturaleza peculiar: la libertad de creación y expresión artística, cuyo desarrollo constitucional será arduo por su naturaleza contradictoria o, en su defecto, podría verse condenado a la vacuidad, la postergación y nula efectividad.

El presente estudio pretende configurar desde la filosofía constitucional libertaria¹, uno de los elementos más vanguardistas que la Constitución ecuatoriana ha podido recoger, toda vez que la libertad de creación y expresión artística, al igual que otros derechos culturales, hasta el momento se presenta como simple lirismo constitucional sin vida útil, por cuanto no ha sido adecuadamente estudiada por la doctrina jurídica en el Ecuador, y menos aún ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional.

Esta investigación se divide en tres capítulos:

En la primera sección se realiza una discusión sobre los derechos culturales y, dentro de ellos, analiza el rol que cumple la libertad de creación y expresión artística como derecho humano presente en varios tratados e instrumentos internacionales, su exigibilidad ante los órganos del Sistema Interamericano, su relación con las obligaciones internacionales de los Estados, y la recepción constitucional en el caso ecuatoriano.

¹ Cuando hablamos de filosofía constitucional libertaria, nos referimos a la reflexión iusfilosofica orientada a recuperar de manera prístina la noción de libertad, en el sentido del deseo de cada uno a gobernarse por sí mismo; pasando del individuo mínimo y el poder estatal máximo al sujeto social máximo. Esta postura esta vinculada al anarquismo filosófico por cuanto propugna la idea de un cambio gradual para liberar al individuo de las leyes opresivas y limitaciones sociales del Estado moderno. permitiendo a todos los individuos convertirse en seres autodeterminados y autorealizados (nota del autor).

En el segundo capítulo, se profundiza el tema de la libertad de creación y expresión artística en el constitucionalismo ecuatoriano, evidenciando su evolución histórica, y relacionándola con dos categorías esenciales: la ciudadanía cultural y la democracia cultural participativa, en la lógica del Estado constitucional y democrático de derechos y justicia.

En el capítulo tercero, se estudia el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, en función de un ámbito específico, para ello se escogió la canción de autor, justamente por su naturaleza contestaria, emancipadora, independiente, en muchos casos minoritaria, y con una postura sumamente alternativa a la cultura oficial.

Resulta oportuno señalar, para que el lector no incurra en confusiones, que se ha trabajado desde diversos planos que si bien están integrados en un mismo sintagma gnoseológico, sus procesos han sido entendidos desde la simultaneidad y secuencialidad dialéctica y holográfica, por la cual cada acto contiene y refleja la libertad de creación y expresión artística y, por tanto, cada momento de la investigación es sinérgico y coherente con el todo.

Se espera que este estudio pueda contribuir en algo a la gran tarea de recuperar la naturaleza libertaria de los derechos, y a destacar la necesidad del restablecimiento de su carácter antagónico al despotismo, al autoritarismo, a los poderíos arbitrarios, a partir de un auténtico empoderamiento por parte de todas las personas, para que puedan finalmente constituirse en verdaderos triunfos –parafraseando a Dworking– capaces de salvaguardar y defender la dignidad humana.

Summary

The Ecuadorian Constitution is quite innovative in the history of Ecuadorian legal thought, mainly because it breaks the traditional schemes, and shapes the utopia of a citizenship of the State, through the deepening of democracy, the centrality of rights and the pursuit of harmony in people's relations, not only with each other, but also with nature.

Among the rights recognized by the Constitution, there are cultural rights, and one in particular stands out for its peculiar nature: freedom of creation and artistic expression, whose constitutional development might be arduous because of its contradictory nature or, failing that, it could be condemned to emptiness, postponement and null effectiveness.

The present study tries to configure, from the libertarian constitutional philosophy, one of the most avant-garde elements that the Ecuadorian Constitution has been able to collect, since the freedom of creation and artistic expression, like other cultural rights, so far has appeared as just simple Constitutional lyricism without a useful life, since it has not been properly studied by legal doctrine in Ecuador, and even less has been developed by constitutional jurisprudence.

This research is divided into three chapters:

The first section presents a discussion on cultural rights and, within them, analyzes the role of freedom of creation and artistic expression as a human right existent in several international treaties and instruments, their enforceability before the organs of the Inter-American System, their relation to the international obligations of the States, and the constitutional reception in the Ecuadorian case.

In the second chapter, the theme of freedom of creation and artistic expression in Ecuadorian constitutionalism is deepened, highlighting its historical evolution, and relating it to two essential categories: cultural citizenship and participatory cultural democracy, in the logic of the Constitutional State and Democratic Rights and Justice.

In the third chapter, we study the exercise of freedom of creation and artistic expression, regarding a specific area, for which we chose the author's song, precisely because of its nature: rebellious, emancipating and independent, and with a extremely alternative position to the official culture.

In order to avoid confusions to the reader, it is appropriate to point out that this research has been worked from different levels, although they are integrated into the same gnoseological syntagma, its processes has been understood from the simultaneity and dialectical and holographic sequentiality, by which each act contains and reflects the freedom of creation and artistic expression and, therefore, every part of this research is synergistic and coherent with the whole.

It is hoped that this study may contribute to the great task of recovering the libertarian nature of Rights and emphasize the need to reestablish its antagonistic character to despotism, authoritarianism and arbitrary power, from a genuine empowerment of all people, so that they can finally become true triumphs –paraphrasing Dworking– capable of safeguarding and defending human dignity.

Dedicatoria

A mis padres Eduardo y María Eugenia, a mi esposa María Patricia, a mis hijos Eduardo, Pablo y Andrea, a mi nieta Olivia y a mi hermano Fernando.

Agradecimientos

Mi profundo agradecimiento a la Dra Claudia Storini por su acertada orientación durante el desarrollo de la presente tesis doctoral.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por su excelencia académica.

A toda mi familia por su apoyo, comprensión y afecto.

Tabla de contenido

CAPÍTULO PRIMERO	19
Configuración teórica de la libertad de creación y expresión artística	19
1.1. Fundamentos etimológicos sobre libertad de creación y expresión artística ..	22
1.2. Evolución histórica de la libertad de creación y expresión artística.....	25
1.3. Nociones teóricas y de contexto sobre libertad de creación y expresión artística.....	49
1.4. Configuración de la libertad de creación y expresión artística	58
1.4.1. Necesidad de proteger la libertad de creación y expresión artística	58
1.4.1.1. El acto artístico creativo.....	64
1.4.2. Objeto y contenido de la libertad de creación y expresión artística	67
1.4.2.1. El bien jurídico tutelado en la libertad de creación y expresión artística	74
1.4.2.2. La libertad como aspecto esencial de la actividad artística	77
1.4.2.3. Vinculación entre libertad de creación y expresión artística y la sociedad democrática.....	77
1.4.2.4. Principio de no relativización de la libertad de creación y expresión artística	79
1.4.3. Titulares obligados de la libertad de creación y expresión artística	80
1.4.4. Condiciones mínimas para el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística	90
1.4.4.1. Entorno normativo de la libertad de creación y expresión artística	90
1.4.4.2. Abolición de mecanismos de censura previa para la libertad de creación y expresión artística	91
1.4.4.3. Políticas públicas	92
1.4.4.4. La protección de artistas y creadores.....	94
1.4.4.5. Participación de los artistas y creadores en la vida pública	95
1.4.5. Límites y restricciones a la libertad de creación y expresión artística....	96
1.5. La libertad de creación y expresión artística como derecho humano	104
1.5.1. La libertad de creación y expresión artística en el Sistema de Naciones Unidas para los Derechos Humanos	106
1.5.2. La libertad de creación y expresión artística en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	109

1.5.3.	La Libertad de creación y expresión artísticas como parte de los derechos económicos sociales y culturales	111
1.5.4.	La Libertad de creación y expresión artística y los derechos culturales	112
1.5.4.1.	Carta cultural Iberoamericana	113
1.5.4.2.	Declaración de la Diversidad Cultural.....	115
1.5.4.3	Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales	117
1.5.4.4.	Declaración de Friburgo sobre derechos culturales.....	120
1.5.5.	La libertad de creación y expresión artística como parte del derecho a participar en la vida cultural de la comunidad	122
1.5.6.	La libertad de creación y expresión artística como parte de las libertades culturales	124
1.6.	La libertad de creación y expresión artística como bien jurídico tutelado por la propiedad intelectual.....	125
1.7.	La libertad de creación y expresión artística como parte de la libertad de expresión general	127
1.8.	La libertad de creación y expresión artística como derecho autónomo y complejo.....	132
CAPÍTULO SEGUNDO.....		141
La libertad de creación y expresión artística en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano		141
2.1.	El reconocimiento de la libertad de creación y expresión artística como derecho constitucional	144
2.2.	Definición de la libertad de creación y expresión artística en la Constitución ecuatoriana.....	149
2.3.	Configuración de la libertad de creación y expresión artística.....	154
2.3.1.	Justificación de la libertad de creación y expresión artística.....	154
2.3.1.1.	El creciente interés por garantizar los derechos culturales	154
2.3.1.2.	La evidente situación de vulnerabilidad del creador artístico ecuatoriano	155
2.3.1.3.	La difícil situación que atraviesa el quehacer cultural y artístico en Ecuador	156
2.3.1.3.1.	El cambio de la matriz productiva	157
2.3.2.	Contenido de la libertad de creación y expresión artística	159

2.3.3.	Titulares de la libertad de creación y expresión artística.....	161
2.3.4.	Sujeto pasivo la libertad de creación y expresión artística	162
2.4.	Ejercicio de la libertad de creación y expresión artística.....	166
2.4.1.	El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística como fundamento de la ciudadanía cultural	166
2.4.2.	El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística como fundamento de la democracia cultural participativa	170
2.5.	Garantías a la libertad de creación y expresión artística.....	178
2.6.	La libertad de creación y expresión artística y su relación con otras libertades culturales.....	189
2.6.1.	Libertad de creación y expresión artística e identidad cultural.....	191
2.6.2.	Libertad de creación y expresión artística y libertad estética	192
2.6.3.	Libertad de creación y expresión artística y el derecho a difundir sus expresiones culturales en el espacio público	193
2.6.4.	Libertad de creación y expresión artística y derechos a la comunicación e información.....	196
2.6.5.	Libertad de creación y expresión artística y derechos lingüísticos.....	198
2.6.6.	La libertad de creación y expresión artística y el derecho a la independencia de los creadores artísticos	199
2.6.7.	La libertad de creación y expresión artística y el derecho a acceder al arte	201
2.7.	Restricciones a la libertad de creación y expresión artística	202
2.7.1.	El respeto al derecho ajeno	203
2.7.2.	La moral vigente frente a la libertad de creación y expresión artística.	204
2.7.3.	El orden público y la libertad de creación y expresión artística	210
2.7.4.	El bien común	219
2.8.	Formas encubiertas de censura	224
2.8.1.	Censura del mercado.....	235
2.8.2.	Autocensura	235
2.8.2.1	Tipos de autocensura	236
2.8.2.2.	Elementos de la autocensura	237
2.9.	La libertad de creación y expresión artística en el constitucionalismo ecuatoriano.....	238

2.9.1.	La Libertad de creación y expresión artística en el Estado ecuatoriano	244
2.9.2.	La libertad de creación y expresión artística en la legislación nacional	251
2.9.2.1	La Legislación cultural ecuatoriana.....	252
2.9.2.2.	La libertad de creación y expresión artística en la Ley orgánica de cultura del Ecuador	253
2.9.2.3.	Ley Orgánica de Comunicación	261
2.9.2.4.	La libertad de creación y expresión artística y el régimen legal de derechos de autor 267	
2.9.3.	La Libertad de creación y expresión artística y responsabilidad del Estado ecuatoriano	268
CAPÍTULO TERCERO.....		274
La libertad de creación y expresión artística en el ámbito de la canción de autor ecuatoriana		274
3.1.	El carácter libertario de la canción de autor.....	275
3.1.1.	Cuestiones metodológicas aplicables al estudio de la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana.....	278
3.1.2.	La imposibilidad de plantear una definición para la canción de autor .	282
3.1.3.	Evolución de la canción de autor	285
3.1.4.	El cantautor y la libertad de creación y expresión artística	289
3.1.5.	La libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana y sus tensiones con el poder	297
3.1.6.	El acceso a medios de comunicación y o difusión, y su relación con el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística en el ámbito de la canción de autor	301
3.1.7.	Canción de autor, libertad de creación y expresión artística e industria musical	304
3.1.8.	Libertad de creación y expresión artística, uso del espacio público y canción de autor	313
3.1.9.	La garantía de acceso al financiamiento público y su relación con la libertad de creación y expresión artística en la esfera de la canción de autor	326
3.2.	Problemas teóricos y cuestiones prácticas: casos, dudas y perspectivas en torno a la libertad de creación artística en la canción de autor ecuatoriana.....	335
3.2.1.	La falacia de las contradicciones normativas	335

3.2.2. Políticas públicas, libertad de creación y expresión artística y canción de autor	347
3.2.3. La tutela de la libertad de creación y expresión artística y la canción de autor ecuatoriana.....	355
3.2.4. Visión de futuro sobre la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana.....	364
CONCLUSIONES	371
BIBLIOGRAFÍA	385
ANEXOS.....	433

Introducción

El 20 de octubre de 2008, entró en vigencia la última Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), a la que con el tiempo se le ha nombrado con varios apelativos; así, se la ha llamado la Constitución de Montecristi, tomando como referencia la ciudad en la que estuvo asentada la sede de la Asamblea Constituyente, o también llamada Constitución del Buen vivir.²

La Constitución ecuatoriana es definitivamente innovadora, pues rompe esquemas tradicionales, y plasma la utopía de una ciudadanización del Estado a través de la profundización de la democracia, la centralidad de los derechos y la búsqueda de la armonía en las relaciones entre las personas, y también con la naturaleza. La promesa constitucional fue la de abrir un camino para construir un modelo distinto al propuesto desde el desarrollismo capitalista, y también diferente al del estatalismo inhumano y antilibertario, razón por la cual se apostó por un modelo de ordenamiento social basado en los derechos y libertades que posibilitan la plena realización de la dignidad humana, y al mismo tiempo una nueva forma de convivencia orientada a cuidar el equilibrio de la naturaleza.³

Sin embargo, al instituir dos cuestiones tan fuertes como la centralidad de los derechos y la plenitud de la existencia humana, fluyendo de manera eufónica con la naturaleza o *pachamama*⁴ facilitó la incorporación de los discursos más innovadores en la constituyente de 2007-2008, siendo gran parte de ellos recogidos en la CRE de 2008.

Una de estas innovaciones tiene que ver con el reconocimiento explícito de los derechos culturales, cuando en la parte final del artículo 377 de la Constitución dice textualmente: “Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales”.

² En el texto constitucional se habla indistintamente de buen vivir o Sumak Kausay, aunque realmente *sumak kawsay* podría traducirse acertadamente como vivir bonito, este último término tomado desde la cosmovisión de los pueblos indígenas ecuatorianos, tendría una acepción de vida en plenitud. (Nota del autor)

³ “El concepto del Buen Vivir no solo tiene un anclaje histórico en el mundo indígena, se sustenta también en algunos principios filosóficos universales: aristotélicos, marxistas, ecológicos, feministas, cooperativistas, humanistas.” Acosta Alberto, “El buen vivir en el camino del post-desarrollo Una lectura desde la Constitución de Montecristi”, *Policy Paper*, No. 9 (octubre de 2010) (Quito: Friedrich Ebert Stiftung): 13.

⁴ *Pacha* puede ser traducido del quichua como universo, mundo, tiempo, lugar; en tanto que *Mama*, significa madre.

La incorporación de esta frase tiene profundas connotaciones jurídicas, pues significa que se ha dado un paso hacia adelante, transitando del constitucionalismo social al constitucionalismo cultural y al Estado de cultura,⁵ elementos sustanciales en el proceso de configuración del complejo y multidimensional tipo de Estado ecuatoriano, que definitivamente es único en el mundo.

Los derechos culturales entrañan una gran diversidad, multiplicidad y unas características especiales, que hacen que al ser parte de los derechos humanos y constitucionales, encuentren dificultades en su avance a nivel conceptual y jurídico, constituyendo un verdadero reto para el Ecuador garantizar efectivamente su cumplimiento. La CRE señala una *garantía de pleno ejercicio*, lo que significa que el Estado brindará apoyo, protección, aval y respaldo, mediante todas las medidas y mecanismos disponibles, para que todos los derechos culturales contemplados en la Constitución, y en los tratados e instrumentos de derechos humanos debidamente suscritos y ratificados por Ecuador, puedan realizarse en concomitancia con la vida en plenitud que promete el *sumak kawsay* o buen vivir. El dar dandoun sentido a esa vida en plenitud constituye vida cultural.

En los derechos culturales se incluyen también las libertades culturales, y dentro de ellas, destaca nítidamente la libertad de creación y expresión artística, por su complejidad y particularidades.

Sin lugar a dudas el llamado *constitucionalismo cultural* puede llegar a desconcertar a más de un jurista y molestar a más de un purista, por el conjunto de saberes que se requieren para su comprensión.

El estudioso del derecho formado en un positivismo rígido, y convencido del purismo normativo, se sentirá desorientado, más aún cuando la nueva doctrina constitucional se encuentra en fuentes diversas e inesperadas, muchas de ellas no formales.

⁵ La noción de Estado de cultura ha sido desarrollada por el jurista alemán Peter Häberle cuyo aporte teórico analizaremos mas adelante (Nota del autor).

El presente estudio está inspirado en los discursos más vanguardistas, que la Constitución ecuatoriana ha podido recoger, y cuya implementación en la vida social requiere de ciertas reflexiones sobre aquellos.

Constantemente el contraste entre el ser de la praxis con el deber ser del derecho puede generar en el lector cierta sensación de desaliento frente al extraordinario avance que ha significado el nuevo constitucionalismo ecuatoriano para el pensamiento jurídico; sin embargo, no se puede negar que el pacto político constitucional del año 2008, finalmente no es más que una puesta en juego de ciertas relaciones de poder, que hacen que sea uno el tipo de Estado expresado en la Constitución, y otro el que finalmente se impone y está presente en el día a día.

En el imaginario social, el Estado aparece como un ente ideal encargado de administrar el bienestar, sin embargo, muy pocas veces nos damos cuenta de que la propia legitimidad de la Constitución, las leyes, los reglamentos, los decretos y demás actos de gobierno, simplemente facilitan la persistencia abstracta y al mismo tiempo institucionalizada del poder.

El arte es antipoder por naturaleza, y la libertad de creación y expresión artística estarán siempre en las antípodas de la opresión, el autoritarismo, y el despotismo; por consiguiente, no es funcional a un sistema de derechos y libertades diseñado como herramienta de los poderes dominantes de la hora presente, para seducir a la gente, para encandilar a los pueblos.

El discurso de los derechos es parte del orden simbólico, se caracteriza por ser ante todo una construcción cultural; por tanto, el ideal de un Estado de *derechos y justicia* es una forma de visualización creativa elevada a nivel social, es decir, un medio de usar la imaginación colectiva, para sobre ella construir un *ideal* que finalmente será realizado por los gobiernos, los expertos, los tecnócratas, etcétera.

La libertad de creación y expresión artística, si no está debidamente contenida y sometida, puede ser peligrosa para el statu quo porque puede desnudar la naturaleza del Estado, del derecho y por tanto del poder, y mostrar las fracturas de un orden en el cual justamente el poder a través del Estado y del derecho concede a sus súbditos unas prerrogativas para mejorar sus vidas. El arte libre es ácrata, crítico, confrontativo, e insumiso y por ello la inclusión del derecho constitucional a crear y expresar arte,

pretende no garantizar una libertad cultural, sino alcanzar la sujeción del arte en libertad a la razón del derecho.

En la presente tesis hemos desarrollado varias cuestiones importantes a través de tres capítulos, partiendo en el primero sobre la discusión de la hora presente sobre los derechos culturales y el lugar que ocupa en ellos la libertad de creación y expresión artística; luego reflexionando sobre esta libertad cultural en el escenario del constitucionalismo ecuatoriano; y, finalmente el estudio de la libertad de creación y expresión artística en el ámbito específico de la canción de autor.

Evidentemente existen muchas cuestiones que ameritan mayor profundidad, crítica y reflexión; sin embargo, los objetivos planteados en este estudio no nos han permitido hacerlo. El presente trabajo pretende constituirse un aporte para la construcción teórica respecto a los derechos y libertades culturales en el Ecuador, y siempre será una invitación al diálogo constructivo.

CAPÍTULO PRIMERO

Configuración teórica de la libertad de creación y expresión artística

En el presente capítulo se estudiarán los temas libertad de creación y expresión artística desde la teoría jurídica de los derechos humanos⁶ como fuente originaria de esta libertad cultural.

La esencia, los aspectos generales, los atributos y las cualidades de la libertad de creación y de la expresión artística se evidenciarán a partir de la observación teórica a los múltiples movimientos y transformaciones de su proceso dialéctico, que sin lugar a dudas configuran las relaciones de significación que por sí misma produce y emerge como trascendencia.

El trabajo epistemológico de comprensión e interpretación por tanto, se asumirá como una tarea con pares dialécticos opuestos, con el fin de fortalecer una perspectiva distinta que vaya más allá de la simple paráfrasis, para llegar a una identificación de los aspectos sustanciales del estudio, con el fin de alcanzar una adecuada reconstrucción del significado del objeto de estudio, lo que a su vez nos conducirá hacia el reordenamiento de interpretaciones precedentes y la expresión de nuevos significados desde otra mirada, lo que permitirá integrar estos procesos interpretativos hermenéuticos en todo el proceso de construcción del conocimiento.⁷

El estudio de los derechos y libertades culturales es complejo, extenso y hasta cierto punto problemático, debido a su dispersión y a la gran multiplicidad de fuentes de diversa naturaleza que deben ser consideradas.

Estudiar un solo derecho tampoco es fácil; tal es el caso de la libertad de creación y expresión artística, pues siendo un evento constituye un holón; es decir, al mismo

⁶ Amplia información en Guillermo Escobar Rojas, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos* (Madrid: Trama, 2005).

⁷ Sobre este debate de carácter epistemológico recomendamos la lectura del texto de Jürgen Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, trad. por Manuel Jiménez Redondo (Madrid: Katz, 2008)

tiempo la totalidad y la parte, lo objetivo y lo subjetivo, y en consecuencia lo incompleto en plena transformación, que en su dinámica se relaciona con su entorno para de ese modo integrar su coherencia interna y definición, en interacción constante.

Cultura, derechos y libertades culturales, y dentro de ellos la libertad de creación y expresión artística, ordenan y reacomodan la realidad, por medio de constructos teóricos imaginarios que insuflan contenidos al discurso jurídico, inclusive desde una justificación tan utilitaria como los beneficios económicos que la cultura podría traer a la economía, lo que hace que la garantía de la libertad de creación y expresión artística, habiendo sido considerada desde la reflexión jurídica una temática marginal y hasta despreciada por la academia, el día de hoy se esté tornando en una prometedora vía de desarrollo económico y social desde la lógica de la economía naranja.⁸

Resulta pues, una cuestión imperiosa que se dé a este tema un tratamiento distinto en el mundo del derecho. Se impone por tanto la necesidad de comprender las nuevas realidades jurídicas de la hora presente, partiendo de ciertas nociones ya presentes en el derecho internacional y en los constitucionalismos nacionales,⁹ para empezar a mirar con otros ojos los derechos y las libertades culturales.

Queda, sin embargo, una importante cuestión por resolver, respecto a cómo manejar las contradicciones entre derechos y libertades emancipatorios y contestatarios como es el caso de la libertad de creación y expresión artística, frente a proyectos de funcionalización de la creatividad mediante la disminución de la libertad, para que pueda volverse rentable, o se ajuste a los intereses gubernamentales; cuestiones en las que sin lugar a dudas jugará un papel muy importante el derecho.

La tendencia de las sociedades humanas a autorregularse ha generado una experiencia normativa que siendo esencialmente una forma de legitimación cultural, constituye lo que hoy conocemos como derecho, y cuyo objetivo es validar las prescripciones normativas que orientan y regulan la interacción social, a través de un conjunto de subcomponentes culturales que finalmente llegan a constituirse en un discurso del poder, solemne y sumamente codificado.

⁸ Ver información disponible en Felipe Buitrago Restrepo e Iván Duque Márquez, *Economía naranja: Una oportunidad infinita* (Bogotá: Puntoaparte Bookvertising / BID, 2013).

⁹ Ver Luis Carlos SÁCHICA, “Constitución y derecho internacional”, *Revista Derecho Público* No. 31, (1993) (Bogotá: Universidad de los Andes).

La discursividad del derecho no es más que un proceso de replicación y asignación de entidades culturales;¹⁰ de modo que el actual interés sobre los derechos y libertades culturales, es un retorno a la fuente, al origen mismo de lo humano, del lenguaje, de la sociedad y del derecho, que son actos concurrentes, y por tanto no pueden ser abordados de manera separada.

Hay libertades culturales como la libertad de creación y expresión artística que pueden volverse contra el poder, cuestionarlo y recamar una redefinición del derecho que supere su sentido de rigidez juricista, y se vuelva libertario,

Los anarquistas parecen tener una concepción creativa del derecho negando toda forma coercitiva y limitadora; así, observando la sociedad como un conjunto plural de grupos diversos, nuestra visión sobre el derecho se amplía notablemente y no lo observamos únicamente como legitimación de la clase dirigente y del orden centralizado. En este sentido, y a mi modo de ver las cosas desde mi propia perspectiva ácrata, una sociedad libertaria tendrá una concepción diferente sobre el derecho, todo lo amplia posible, pero sin negar de forma simplista su necesidad; lo mismo que la visión sobre el Estado, desde las ideas libertarias, es sólida y muy coherente en su crítica, reclamándose su disolución en la vida social, así ocurre con una posible teoría del derecho basada en la espontaneidad, la pluralidad, la libre asociación, la autogestión o el federalismo (por citar algunos de los valores anarquistas).¹¹

Con ello se quiere destacar, en primer lugar, la necesidad de realizar una lectura alternativa del derecho como instrumento del poder para el sometimiento de los seres humanos, sin al mismo tiempo negar su utilidad como forma de articulación de la convivencia humana en contextos de organización social compleja; lo que no significa que estemos justificando en sí misma la existencia de un derecho arbitrario, sino más bien destacando la necesidad de replantear lo que hoy mantenemos como dogma incuestionable para entrever nuevas formas de relación social y el desarrollo de un paradigma jurídico ácrata.¹²

¹⁰ Amplia información en Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: tomos I y II* (México DF: Taurus, 1987); Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo. (Madrid: Centro de Estudios y Publicaciones Constitucionales –CEPC–, 1989).

¹¹ Capi Vidal, “Apuntes sobre derecho y anarquismo”, *Reflexiones sobre Anarres*, 5 de marzo de 2103. <<http://reflexionesdesdeanarres.blogspot.com/2013/03/apuntes-sobre-derecho-y-anarquismo.html>>. Consulta: 23 de noviembre de 2015.

¹² Sobre este tema resulta oportuna la lectura del ensayo de Carlos Adrián Garaventa, “Anarquismo ¿contra el derecho?”, *Revista Lecciones y ensayos*, No. 3 (enero-abril de 2010) (Universidad de Buenos Aires).

Con estas ideas en mente, en esta primera sección reflexionaremos sobre algunas cuestiones generales de la libertad de creación y expresión artística.

1.1. Fundamentos etimológicos sobre libertad de creación y expresión artística

En esta sección vamos a entender el significado de los vocablos libertad, expresión, creación y arte, coincidiendo plenamente con la importancia que Humberto Maturana da al lenguaje, al que considera el fundamento de lo humano y el modo de vivir; el lenguaje nos permite relacionarnos con el medio, y las palabras constituyen las dimensiones de organización y adaptación.¹³

El derecho tiene ante todo una forma discursiva,¹⁴ cuya unidad fundamental se encuentra en la palabra, razón por la cual se hace necesario partir de la etimología, como punto de partida inicial, para que quede completamente claro el sentido y el alcance de la terminología empleada.

El concepto libertad de creación y expresión artística, etimológicamente está constituido por cuatro vocablos que vienen de las palabras: libertad, creación, expresión y arte.

Libertad: se considera que la primera expresión de la idea de libertad, constituye la representación cuneiforme sumeria *Ama-gi* cuyo significado aproximado sería *volver a la madre*, y que estaba relacionada con la manumisión de los esclavos.¹⁵

Según el *Diccionario de la lengua española* (2001), libertad viene del latín *libertas, -ātis* con igual significado: “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y en los sistemas democráticos, derecho de valor superior que asegura la libre determinación de las personas.”¹⁶

¹³ Amplia información en Humberto Maturana, *El sentido de lo humano* (Santiago: Edic. Dolmen, 1996).

¹⁴ Sobre el tema leer: Estrella Montolío, *Hacia la modernización del discurso jurídico* (Barcelona: Universitat Barcelona, 2014).

¹⁵ Amplia información en Mascaró Rotger Antonio, “Símbolos de libertad”, <<https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/simbolos-de-libertad>>. consulta: 10 de agosto de 2015.

¹⁶ Real academia de la lengua, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed. (Madrid: S.L.U / . Espasa, 2014).

La palabra libertad en su uso común, significa la capacidad que tienen las personas para obrar según su voluntad, sin la injerencia de agentes externos.

Creación: según el *Diccionario de la lengua española*, significa acción y efecto de crear, u obra de ingenio, de arte o artesanía muy laboriosa, o que revela una gran inventiva.¹⁷

Creación es un vocablo derivado de crear, que viene del latín *creare* cuyo significado sería engendrar, también está emparentada con *crecere*, que significa crecer, por lo que la palabra creatividad llega a significar algo así como *crear de la nada* y es por ello seguramente que la creación ha despertado desde siempre gran interés y curiosidad, para todo ser humano [...] ¿De dónde vino la inspiración a Homero para escribir la *Iliada* o la *Odisea*? ¿De dónde nació la capacidad innovadora de Leonardo da Vinci? ¿Cómo concibieron los pueblos ancestrales americanos construcciones como Tiahuanaco o Machu Picchu? Seguramente por ese enigmático encanto es que los griegos del mundo clásico pensaban que las ideas creadoras eran de inspiración divina, y los artistas solían invocar a las musas, diosas de las artes, hijas de Zeus y Mnemósine, divinidad de la memoria.

En consecuencia, entendemos por creación, aquella capacidad de los seres humanos para generar algo que antes no existía, o lo que es lo mismo dar existencia a algo.

Expresión: el origen de esta palabra está en los vocablos latinos *expressio* y *expressionis*, que se refieren a los gestos y manifestaciones que exterioriza una persona.

El *Diccionario de la Real Academia de la lengua española* define a la expresión como: “la acción de expresar. La libre expresión del pensamiento”.¹⁸

La expresión es la posibilidad de comunicar, demostrar o evidenciar algo, por medio de palabras, símbolos, gestos, sonidos o movimientos, rebasando la intimidad del sujeto, para hacerlo llegar a un destinatario.

Arte: su origen está en los términos latinos *ars*, *artis*.

¹⁷ Ibíd.

¹⁸ Ibíd.

Sobre este vocablo el *Diccionario de la lengua española* dice:” Manifestación de la actividad humana mediante la cual se interpreta lo real o se plasma lo imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros.”.¹⁹

Lo que nos lleva a señalar que el arte es un trabajo u obra fruto del quehacer creativo, el intelecto y la inspiración de su creador. La libertad de creación y expresión artística, desde su etimología, se referiría a la facultad humana para producir y exteriorizar, de forma autónoma y sin intromisión de ninguna naturaleza, el producto de su inventiva e imaginación.

En consecuencia:

Decididamente, en este panorama de la experiencia humana no podríamos definir en la actualidad unas funciones universales de las artes, sino más bien una serie de estrategias de cómo cada persona o colectivo las aplica y contextualiza en su propio proyecto de “construcción de la realidad” (el arte, como mediador de significados, se produce en un contexto de relación y estos significados se construyen de acuerdo con esta necesidad de interpretar la realidad). Estrategias que no solo sirven para descubrir nuevas oportunidades, sino como una manera de concretar elecciones y asumir compromisos. Cuando las artes desempeñan esta función contextualizada en cada situación de realidad, otorgan a lo individual una forma pública en la cual pueden participar otros como manifestación e invitación a una construcción colectiva de los significados.²⁰

Por tanto, el arte no solamente es una expresión abstracta, sino por el contrario cumple una función insustituible en la realización del ser humano individualmente considerado, y en la construcción de ese gran proyecto que es la humanidad, y del cual somos parte todos. El ser humano es un ente que relaciona su vivencia para que sirva de modelo a otras personas, de modo que no solo hay arte en toda las manifestaciones culturales, sino que existe en toda persona, pues los individuos no pueden vivenciar sin conocer, ni valorar lo vivenciado sin la intermediación de la intuición, el entendimiento, los valores, y la creación; de modo que el arte implica a la ciencia y a la política, y viceversa, pues a mas de un mecanismo de exteriorización de las subjetividades, el arte es un método de conocimiento y de modificación de la vivencia y el mundo.

¹⁹ Ibíd.

²⁰ Abad Javier, “Usos y funciones de las artes en la educación y el desarrollo humano”, en Lucinda Jiménez, Imanol Aguirre y Pimentel Lucía, coord., *Educación artística, cultura y ciudadanía*, 17-23. (Madrid: Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) / Santillana, 2011), 19.

De este modo, el discernimiento etimológico de los vocablos mencionados en párrafos anteriores, de inicio, nos han conducido a un mejor entendimiento respecto a la naturaleza de la libertad de creación y expresión artística como manifestación fundamental y profundamente humana.

1.2. Evolución histórica de la libertad de creación y expresión artística

Entender el complejo proceso de evolución del fenómeno *cultura* es una tarea inacabada, porque ello induce obligatoriamente a ingresar en un terreno controversial, subjetivo e incierto, plagado de multiplicidades e incertidumbres, que viene siendo objeto de reflexión desde el siglo XVIII desde diferentes perspectivas.

En este trabajo de investigación se utilizará como apoyo la teoría de los *memes*, que estudia los modelos de transmisión de información cultural y su evolución, basada en el concepto de meme²¹ como método de análisis para entender la cultura como resultado de un proceso de transferencia de unidades de información almacenadas en un cerebro y transmitidas por imitación de un cerebro a otro, tal es el caso de ideas políticas, las melodías, las teorías científicas, el derecho, las creencias religiosas, las modas e inclusive ciertas habilidades, lo que nos conduce a entender a la cultura como un complejo sistema adaptativo, fundamentado básicamente en información.

Hay que reconocer, con absoluta honestidad intelectual, que la dificultad que encuentra esta teoría en la esfera de la ciencia es la posibilidad de comprobar por un método riguroso y aceptable la existencia de los memes, razón por la cual considerar que esta constituye un explicación científica de la cultura sería aventurado, sin que por ello desconozcamos que para los juristas tiene cierta utilidad, a la hora de explicar cómo las sociedades y los seres humanos son capaces de acoplar nuestra conducta a un ordenamiento jurídico determinado, que bien podría ser definido como un complejo de unidades de información codificadas en forma de principios, reglas y preceptos, capaces

²¹ Un meme es la unidad teórica de información cultural transmisible o copiable de un cerebro a otro, de una mente a otra, de una persona a otra, o de una generación a la siguiente. El término fue utilizado originalmente por el científico británico Richard Dawkins. Algunos autores prefieren referirse a ellos con el nombre de culturgenes. Amplia información en Richard Dawkins, *El gen egoísta: las bases biológicas de nuestra conducta* (Barcelona: Salvat Editores, 1990).

de regular, condicionar y direccionar el comportamiento, el accionar, y el libre albedrío de las personas que viven en sociedad en un momento histórico determinado.²²

La teoría de los memes en cuanto transmisión de información cultural se muestra bastante coherente, aunque claro está no se puede reducir toda la explicación del fenómeno cultura a este hecho, pues se podría fácilmente interpretar el tema como un asunto caracterizado por un enfoque de determinismo genético que nos puede traer ciertos problemas. La teoría de los memes no puede pretender una explicación absoluta de la totalidad que implica la cultura, como tampoco podemos desconocer el hecho de que existe en la sociedad un dominio de lo cultural, como un reflejo de las relaciones sociales de producción, según lo explicó Carlos Marx.²³

Tampoco se puede negar que la cultura en forma práctica constituye un mecanismo utilitario que permite al individuo enfrentar problemas específicos que se presentan durante la búsqueda de satisfacción de sus necesidades; además sería ingenuo negar que la cultura puede convertirse en un poderoso medio de control social²⁴ o tornarse una fuerza liberadora, como tampoco podemos dejar de anotar que la cultura se dinamiza y cambia por aspectos tales como las transformaciones históricas, los valores de contingencia, las posiciones políticas encaminadas a promover ciertos intereses; de tal suerte que más que hablar de un concepto o una definición de cultura, podemos referirnos a una noción de cultura, como algo inacabado, y que se encuentra en permanente actualización.²⁵

Si la cultura es información, y al mismo tiempo un reflejo de relaciones económicas, intereses políticos y hasta de sucesos que se producen en el seno de las sociedades,²⁶ es indiscutible la existencia de una red de ideas, emociones y acciones

²² Amplia información sobre el tema: Grün Ernesto, “Algunas reflexiones sobre la memética y su aplicación al derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 8 (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid). (2004-2005).

²³ La teoría marxista distingue base o infraestructura de superestructura, esta distinción aparece por vez primera en la obra *Contribución a la crítica de la economía política* de Karl Marx publicado por primera vez en el año de 1859, concretamente en el Prólogo de la misma. Ver Carlos Marx, *Contribución a la crítica de la economía política* (Granada: Comares, 2004).

²⁴ Sobre control social Stanley Cohen, *Visiones del control social* (Barcelona: Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias –PPU–, 1998).

²⁵ Amplia información sobre el tema en J. S. Kahn, *El concepto de cultura textos fundamentales* (Barcelona: Anagrama, 1975).

²⁶ Amplia información en Alexéev Serguéi, *El socialismo y el derecho: El derecho en la vida de la sociedad* (Moscú: Progreso, 1989), 33-49.

coordinadas a través del lenguaje, posiblemente una de las características más notables de la especie humana, que nos permite entender que la cultura no es otra cosa sino una expresión de la convivencia humana; de tal modo que los fenómenos sociales son ante todo fenómenos culturales, porque tienen que ver justamente con aquellas realidades que los seres humanos generamos desde nuestra convivencia. Los seres humanos se realizan en sociedad por y en la cultura, de modo que es posible señalar que no existe sociedad humana que no tenga cultura, y por tanto resulta evidente que la cultura es el origen y la fuente del derecho y de los derechos, y por tanto de las libertades culturales entre ellas la libertad de creación y expresión artística, materia del presente estudio, más aún cuando la manifestación más pura y dialéctica de la cultura está en el acto creativo y las infinitas posibilidades de comunicación del mismo.

La sociedad es un producto de la comunicación, que a su vez se origina en la convivencia de los seres humanos, se va configurando históricamente a través de un proceso de expansión de la cultura que coadyuva a su desarrollo, en función del aumento en el desempeño comunicativo, en el cual los memes jugarían un papel fundamental, como lo explicamos en apartados anteriores.

En el transcurso del siglo XX, el encuentro de las culturas ha dado paso a la generación de una suerte de amalgama cultural alrededor de todo el globo terráqueo, el papel que han jugado los medios de comunicación es trascendental, pues gracias a ellos se facilita que distintas realidades y expresiones propias de cada cultura de origen, en muchos casos intactas y en otros ya sincretizadas aterricen en un escenario de integración y encuentro; sin embargo, en todas ellas es común encontrar mecanismos de coordinación de la convivencia social, mediante el establecimiento de ciertas formas de control de distinta naturaleza, que constituyen de una u otra forma la justificación para la existencia de ciertas experiencias culturales que trazan el rumbo de la sociedad, tal es el caso del derecho que hoy es un fenómeno casi universal.

Posiblemente, una de las expresiones más evidentes del reconocimiento de la importancia de la cultura, en la configuración de la sociedad, ha sido la creación de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el 16 de noviembre de 1945, con el objetivo de contribuir a la paz y a la seguridad en el mundo mediante la educación, la ciencia, la cultura y las comunicaciones.

Frente a los nuevos retos que las complejas sociedades como construcciones culturales presentan en nuestros días, la UNESCO, aborda con fuerza el tema de la diversidad cultural, entendiéndola como un concepto que reconoce la multiplicidad y relaciones transculturales de las sociedades organizadas en Estados nacionales que comparten el planeta Tierra como espacio común, y que por tanto, forman parte del patrimonio común de la humanidad, lo cual implica una acción proactiva en función de la necesaria protección de las culturas existentes, y la interacción y el diálogo entre culturas, razones por las cuales se aprobó la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural.²⁷

Toda sociedad hasta el momento ha diseñado constricciones y control social para viabilizar su funcionamiento, a través de normas, acuerdos y convenciones, cuyo único propósito es establecer regulaciones a las interrelaciones humanas, destacándose nítidamente el Derecho como el mecanismo de mayor trascendencia a nivel universal, pero que indiscutiblemente no es sino una expresión absolutamente cultural de la convivencia humana.

Las sociedades complejas han apostado por una forma de organización social llamada Estado, la cual está ligada al ejercicio del poder, cuestión que viene planteándose desde las antiguas discusiones griegas sobre el fundamento del Estado, supuestamente fundado en la justicia según los sofistas, frente a los argumentos de Platón y Aristóteles que en forma temprana sostuvieron que el verdadero fundamento del Estado radicaba en el interés del más fuerte;²⁸ sin embargo, sería Mijaíl Bakunin, quien con mayor acierto lograría explicar que el Estado es la negación de la libertad, inclusive el llamado Estado democrático, ya que en ese caso es el pretexto de la voluntad colectiva se oprime a los pueblos y a cada individuo concreto.²⁹

Un Estado se legitima por medio de un pacto social, que se expresa en un documento jurídico-político que se denomina Constitución,

²⁷ La *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*. Adoptada por la 31a. reunión de la Conferencia General de la UNESCO. París, 2 de noviembre de 2001, Resolución aprobada, previo informe de la Comisión IV, en la 20a. sesión plenaria, el 2 de noviembre de 2001.

²⁸ Amplia información en José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía* (Madrid: Alianza, 1980).

²⁹ Para una mayor comprensión del tema se recomienda leer Mijail Bakunin, *Escritos de filosofía política* (Madrid: Altaya, 1994) y Piotr Alekseevich Kropotkin, *El Estado y su papel histórico* (Madrid: Fundación de Estudios Libertarios Anselmo Lorenzo, 2001).

Es evidente que, desde este punto de vista, todo Estado tiene necesariamente su propia Constitución. Puede tratarse de una Constitución liberal o no liberal. Puede tratarse de un conjunto de normas escritas o bien consuetudinarias. Estas normas, si son escritas, pueden estar o no recogidas en un único documento. Pero, en todo caso, todos los Estados están provistos de una Constitución de cualquier tipo. Este concepto de Constitución es característico del positivismo jurídico moderno, y es el que habitualmente se adopta hoy en día por los estudiosos del derecho público.³⁰

Lo que significa que la Constitución tiene una utilidad política al constituirse en el soporte del poder político, y establecer límites a dicho poder, siempre pensando en el bien común, y por ello se torna un discurso aparentemente avalado por el consenso general; sin embargo, una interpretación más profunda respecto a la verdadera naturaleza de las relaciones de poder, nos permite descubrir el trasfondo de las cosas, pues:

bajo la falsa pretensión de un gobierno que se basara en el consentimiento de todo el pueblo, diseñaron para atraparlos en un gobierno de una facción; que debe ser suficientemente poderosa y fraudulenta para engañar a la porción más débil sobre todas las cosas buenas que se dijeron sin sinceridad, y someterlos a todas las malas intenciones no expresadas. Y la mayoría de los que han administrado el gobierno, han asumido que todas estas intenciones trapaceras debían ser ejecutadas, en lugar de la Constitución escrita.³¹

De modo que la idea de una *Norma Suprema* escrita para servir como límite al poder bien podría ser repensada para considerar que tras el pacto jurídico-político que creemos legitimado, lo que en verdad se pone en marcha es un proyecto de dominación con objetivos mucho más perniciosos; sin que por ello podamos negar que posiblemente la búsqueda de una Constitución ideal, ha sido la que ha movido a las sociedades a transitar las distintas etapas de desarrollo del constitucionalismo, profundamente ligada con el reconocimiento y tutela de ciertos derechos.

En lo que tiene que ver con el desarrollo del constitucionalismo, se profundizará el estudio en analizar cómo existe un primer período también conocido como constitucionalismo clásico o inicial, que toma auge a partir del siglo XIII y se prolonga

³⁰ Riccardo Guastini, "Sobre el concepto de Constitución", *Revista Cuestiones Constitucionales*, No. 1, (julio-diciembre de 1999) (México DF: UNAM): 165.

³¹ Lysander Spooner, *La Constitución sin autoridad. No es traición* (Asunción: Orden voluntario, 2011), 27.

hasta el siglo XIX, siendo consecuencia de tres revoluciones, la francesa, inglesa y mexicana.

Una segunda fase es el constitucionalismo social, que aparece con la segunda revolución republicano francés de 1848 y se concreta con la revolución mexicana de 1910-1917, la revolución Bolchevique de 1917-1918 y la aparición de la primera experiencia república en la Alemania unificada de 1919-1933.

Finalmente tenemos la etapa contemporánea, o constitucionalismo contemporáneo, gestado a mediados del siglo XX, y que es una respuesta a las secuelas dejadas por la Segunda Guerra Mundial, los procesos de integración interestatales y la caída del muro de Berlín.³²

No se puede dejar de lado el estudio del nuevo constitucionalismo latinoamericano, como un nuevo estadio de evolución del pensamiento constitucional, que está claramente liderado por las Constituciones del Ecuador, Bolivia y Venezuela, que más allá del “hecho de que se trate de sociedades que no experimentaron el estado social, induce a pensar que las luchas sociales fueron el fundamento de la aparición de ese nuevo constitucionalismo latinoamericano”.³³ Algunos autores ecuatorianos hablan indistintamente de un constitucionalismo plurinacional intercultural, tal es el caso de Raúl Llasag Fernández, de un nuevo constitucionalismo andino transformador como lo califica Ramiro Ávila Santamaría, o simplemente de un constitucionalismo intercultural como lo hace Boaventura de Sousa Santos, con el propósito de encontrar mayor precisión para designar las experiencias venezolana, ecuatoriana y boliviana.

De manera general, podemos señalar que la evolución del constitucionalismo ha atravesado por las siguientes etapas:

Un constitucionalismo liberal que puso énfasis en la defensa de las libertades públicas, y la existencia de un Estado gendarme que no se inmiscuye en los asuntos de los ciudadanos y se limita solamente a hacer cumplir los contratos entre particulares.

³² Eric Morel, “Constitucionalismo y su evolución”, 8 de septiembre de 2010. <<http://ericmorelderechoconstitucional.blogspot.com/2010/09/contitucionalismo-y-su-evolucion.html>>, consulta: el 3 de noviembre de 2015.

³³ Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Corte Constitucional del Ecuador, edit., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, 9-44. (Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición –CCEPT-, 2010), 20.

Un constitucionalismo social comprometido con el bienestar de la comunidad, a través de la garantía de los derechos sociales y colectivos para la realización de la justicia social. En este modelo, el Estado tiene un rol activo intervencionista sobre la economía capitalista para lograr el bien común.

Finalmente, y poco a poco, creemos que estamos llegando a un Constitucionalismo cultural, que empieza a manifestarse a partir del reconocimiento de los derechos culturales a nivel normativo, a la vez que promueve la normativización constitucional de valores, principios y reglas que orientan la acción social desde una perspectiva cultural.³⁴

Desde nuestra visión de la evolución del constitucionalismo, y una vez que la promesa constitucional del proceso ecuatoriano, gradualmente se ha venido desgastando, se considera que es el momento propicio para hablar de la necesidad de plantear un nuevo estadio de transición hacia una sociedad libertaria, a través de un constitucionalismo cultural libertario, que posibilite la construcción de un auténtico espacio político no jerarquizado en el que los seres humanos pueden reconocerse como libres e iguales, para lo cual se hace indispensable “la destrucción de todo poder político y la creación de instituciones sociopolíticas que permitan la extensión sin límites de la autonomía individual y colectiva”.³⁵

Sin embargo, hoy se tiene una realidad distinta, el poder del Estado se encuentra fundamentado en la Constitución, que a su vez necesita de un conjunto de normas y regulaciones que le permitan ejercer sus facultades y justificar sus decisiones, para lo cual se requiere la implementación de una legislación secundaria que posibilite una mejor gestión de la voluntad dominante, toda vez que el “poder lo invade todo, se apodera de todo, se lo arroga todo para siempre jamás: Guerra y Marina, Administración, Justicia, Policía, Instrucción Pública, Obras y reparaciones públicas; bancos, bolsas, crédito, seguros, socorros, ahorros, beneficencia, bosques, canales, ríos; cultos, hacienda, aduanas, comercio, agricultura, industria, transportes”.³⁶

³⁴ Amplia información en Miguel Carlos Ruiz, “El constitucionalismo cultural”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional* 1, No. 9 (enero de 2003) (México DF: UNAM).

³⁵ Eduardo Colombo, *La voluntad del pueblo* (Buenos Aires: Tupac, 2006), 56.

³⁶ Pierre-Joseph Proudhon, “El principio federativo (Fragmentos)”, http://www.nodo50.org/fau/teoria_anarquista/proudhon/1.htm, consulta: 9 de marzo de 2016.

Vivimos en una época cada vez más compleja, en la cual el derecho como producto cultural, es el resultado de una articulación de tecnologías, reglas, símbolos y comunicaciones de diversa índole y de una rapidez insospechada, de modo que en pleno siglo XXI se puede afirmar, sin lugar a dudas, que el derecho es una forma discursiva culturalmente heterogénea, toda vez que en la realidad jurídica, culturas diversas compiten por el control del sistema de normas y no resulta claro si el derecho puede definirse como un orden impersonal, universal o legítimo en este contexto de división cultural complejo y diverso, puesto que sistema normativo complejo “se presenta como un conjunto dentro del cual pueden hallarse elementos de muy diversa naturaleza, tales como normas (de conducta y de competencia), principios, descripciones, juicios de valor, definiciones, reglas técnicas, etcétera[...]”.³⁷

Desde un punto de vista práctico, el derecho no es otra cosa más que un proceso instrumental moldeado por la cultura como factor extrajurídico, razón por la cual el momento histórico, las exigencias sociales, las relaciones de poder, la economía, los avances de la ciencia y la tecnología, necesariamente le obligan a adaptarse constantemente, y su contextualización aparece como una de las características fundamentales toda vez que cada experiencia tiene un *ethos* cultural y un sustento epistemológico diferente, el problema se presenta cuando:

Tres matrices se yuxtaponen en nuestro comportamiento ético y cultural: elogiamos la existencia de normas legales, pero estas no modifican nuestra conducta cotidiana; despreciamos y desconfiamos de todo lo que provenga de las instituciones; y desconectamos con demasiada facilidad y frecuencia las normas morales de las jurídicas y estas dos de las culturales [...] Las consecuencias de estas yuxtaposiciones para la convivencia ciudadana y hasta para la paz interior de los individuos, son dramáticas en nuestro medio.³⁸

Lo que significa que, al ser el derecho antagónico a la libertad, el ser humano vive en medio de una paradoja entre la necesidad de garantizar cierta armonía en sus relaciones de convivencia y la silenciosa y confesada certidumbre de que la norma positiva es cruel

³⁷ Francisco Javier Laporta San Miguel, “Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 4 (1987) (Alicante: Universidad de Alicante), 72.

³⁸ Sergio de Zubiría Samper, “Filosofías de nuestro *ethos* cultural”, *Revista de estudios sociales*, No. 1 (1998) (UNIANDÉS). <<http://res.uniandes.edu.co/view.php/27/index.php?id=27>>. Consulta: 9 de marzo de 2016).

e inhumana, lo que conlleva a la existencia de una sociedad esquizofrénica, atrapada en medio de sus propio contrasentido.

Los seres humanos a lo largo de su existencia siempre han buscado satisfacer sus necesidades, por ello el derecho construido desde la lógica de la razón siempre ha intentado legitimar la voluntad dominante, bajo la promesa de conciliar intereses individuales entre sí, así como también compatibilizar dichos intereses con los de la sociedad, de modo que la lucha contra la injusticia y la opresión que desnaturaliza la convivencia humana se reduce simplemente a una batalla reglamentada y justificada por el derecho, condenada de antemano a diluirse en laberintos kafkianos.³⁹

El derecho trabaja entonces de manera ficticia sobre las atribuciones del Estado, para que aparentemente estas no sean excesivas y se pueda minimizar el riesgo del abuso de poder, a partir del reconocimiento de un supuesto orden dentro de la diversidad y de la diversidad dentro del orden; lo que significa que ante todo el derecho tiene como tarea fundamental estandarizar la diversidad cultural y normativa, estableciendo una lógica en la cual la unidad no sacrifique lo múltiple, en especial la variedad cultural, la libertad creadora y la multiplicidad de formas culturales que se expresan en el seno de la convivencia humana, siempre y cuando aquello no afecte el *statu quo*.

Autores como Carlos Fernández Sessarego, inspirado en las ideas de Ronald Dworking, ha afirmado que toda y cualquier conducta humana intersubjetiva es jurídica,⁴⁰ pues la pretensión de reducir la calidad de conductas jurídicas a solo aquellas expresamente mentadas por la normatividad, es una desviación conceptual de origen positivista del derecho, ya que en la realidad las conductas humanas intersubjetivas son jurídicas, en la medida en que ellas pueden estar permitidas o prohibidas sin necesidad de estar o no contenidas en la norma jurídica, de tal modo que un juez por ejemplo no puede dejar de administrar justicia aunque no existiera la norma jurídica que en forma expresa resuelva un caso sometido a su conocimiento.⁴¹

³⁹ El diccionario de la Real Academia de la Lengua, define al vocablo kafkiano, de la siguiente manera: “1. adj. Perteneciente o relativo a Franz Kafka, escritor checo, o a su obra. Las novelas kafkianas. 2. adj. Que tiene rasgos característicos de la obra de Kafka. Una visión del mundo muy kafkiana. 3. adj. Dicho de una situación: Absurda, angustiosa. 239. Real academia de la Lengua, *Diccionario*. (Nota del Autor).

⁴⁰ Ver Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 1992).

⁴¹ La Constitución de la República del Ecuador vigente, en cuanto a los principios de aplicación de los derechos, señala en el art. 11, num 3, inciso 2 que: “No podrá alegar la falta de norma jurídica para

Es pues, absolutamente evidente que la sociedad entendida como un sistema de relaciones de convivencia entre los hombres, levantado sobre la comunicación, es el lugar en donde se produce la cultura, que a su vez configura la sociedad en un momento histórico determinado, y el derecho, como producto cultural, se hace presente en todas las sociedades humanas como resultado del deseo de seguridad o certeza dentro de una convivencia democrática que necesita experimentar todo individuo como parte de un conglomerado humano, sin embargo el problema se presenta cuando el poder a través del Estado diseña las normas jurídica y utiliza la coacción para imponer su voluntad y forzar su cumplimiento, de modo que:

Con todo ello, con ese seguimiento de los patrones que enuncia la misma ley hemos fabricado criaturas ordenadas y nítidas, pero absolutamente inútiles. A lo Pink Floyd ponemos otro ladrillo en la pared, no podemos hacer de nuestro juicio un fundamento de él mismo cuando ese juicio lo único que busca es construir modelos sencillos y a escala de sí mismo, es un texto megalómano, un padre sádico que solo quiere copias de su identidad.⁴²

La cita anterior evidencia como la expresión del derecho a través de la ley positiva conduce irremediamente hacia una severa jerarquización de la convivencia social a partir de una imposición normativa de ciertos valores de una supuesta mayoría, y que finalmente se instituyen como verdades únicas y absolutas capaces de moldear una cultura excluyente y opresiva, revestida de una apariencia de licitud autoproclamada como expresión autentica de justicia.

El anhelo de los pueblos es sin lugar a dudas alcanzar un Estado democrático,⁴³ entendiendo que la democracia⁴⁴ es ante todo un sistema cultural basado en la igualdad, en la existencia de instituciones políticas y jurídicas capaces de fomentar y salvaguardar el pluralismo, la tolerancia y la igualdad de oportunidades, que se traduce en una interacción cotidiana de gente que ha convenido libremente en observar similares hábitos

justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por estos hechos ni para negar su reconocimiento (Nota del autor).

⁴² Ricardo Sanín Restrepo, *Teoría crítica constitucional: Rescatando la democracia del liberalismo*. (Quito: CCEPT / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional-CEDEC-, 2011), 115.

⁴³ Amplia información sobre el tema en: Karl Held y Emilio Muñoz, *El Estado democrático: Crítica de la soberanía burguesa* (Buenos Aires: Resultate, 1998).

⁴⁴ Ver Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, trad. por José Fernández Santillán (México DF: Fondo de Cultura Económica –FCE-, 1986), 24-7.

de obrar y de experimentar los acontecimientos del día a día con cierta sensatez colectiva, por ello se habla de una cultura democrática, capaz de conjugar la libertad con el convencimiento individual y colectivo de que debemos ser solidarios y respetuosos con los demás, todo ello diseñado a partir de orden político participativo, enmarcado en un conjunto de normas jurídicas que facilitan la comunicación en el ámbito de la dimensión cultural sobre la que reposa el complejo mundo de la democracia, pues “la idea del derecho como instancia articuladora guarda relación con la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, que justifica la idea de poder democrático ejercido en forma de derecho”.⁴⁵

Sin embargo, la idea romántica de una democracia de consenso y de absoluta sumisión a la voluntad de las mayorías, no considera que los detentadores del poder son capaces de manipular la toma de decisiones, y que por tanto las cosas no son tan sencillas como parecen.

¿Qué ocurre entonces cuando la máscara de la democracia cae, y vemos que una vez más fuimos engañados, que la participación es una farsa, que el consenso es amañado, que las decisiones importantes las siguen tomando unos pocos y que finalmente lo que siempre estuvo en juego fueron los intereses de los mismos de siempre?

Posiblemente sea el momento repensar la democracia desde la resistencia, y expresarnos de un modo distinto:

Decimos NO al Estado, a la democracia representativa, a los partidos políticos. No podemos cambiar el mundo a través del Estado, ni a través de la democracia representativa, ni a través de los partidos políticos. Estas son formas de organización que nos excluyen, no articulan el impulso hacia la auto-determinación. No estoy diciendo que no deberíamos nunca votar: probablemente en algunas circunstancias sí tiene sentido votar. Pero está claro que no podemos cambiar el mundo a través de las elecciones. La crisis de la democracia y de los partidos no es un problema, es una oportunidad, una oportunidad de reinventar la democracia y cambiar el mundo.⁴⁶

⁴⁵ Nelson Cuchumbé Holguín, “Acción comunicativa y organización social, el concepto de derechos en Habermas”, *Criterio Jurídico* 1, No. 4 (2004), http://www.puj.edu.co/banners/ACCION_COMUNICATIVA.pdf, 2, consulta: 8 de marzo de 2015.

⁴⁶ John Holloway, “Nuestro poder es el poder del hacer, del crear, de la socialidad. El poder de ellos es el poder de separar, de individualizar, el poder de lo que es”, Centro de Estudios Miguel Enríquez, http://www.archivochile.com/Debate/debate_izq_latina/debatizqlatina0019.pdf, consulta: 4 de noviembre de 2015.

John Holloway, desde la teoría del cambio social cuestiona la necesidad de tomar el poder para alcanzar libertad y justicia social, y tomando como inspiración la democracia radical, propone repensar la democracia, lo cual no puede hacerse sin tomar en consideración cuestiones tales como el Estado, el ordenamiento jurídico, los derechos de las personas, y la episteme; todo lo cual constituye el resultado de una dinámica cultural compleja, que los cobija y dinamiza.

El arte en si mismo es una forma de resistencia puesto que a través del ejercicio de la producción de creaciones con potencial vanguardista, es capaz de innovar los modelos perceptivos dando lugar a otros órdenes de representación y sentido. Lo que permite el surgimiento de una nueva realidad en otra realidad, a partir del incremento e irradiación de aquellas eventualidades no narrativas ni ilustrativas, sino mas bien paradójicas, imprevistas e incluso a-significantes y sin sentido aparente, que quiebran el orden establecido y hacen germinar lo inesperado, lo imprevisto, lo contestatario; pero no para instalarse sino para ser simiente de otras dinámicas, de otro equilibrio, de otra armonía, en la que se han estrenado nuevos dominios sensibles.

En cuanto existe no hay que olvidar que siendo la cultura el caudal de saberes que adquieren las personas para tener un mejor conocimiento del mundo, curiosamente en el nivel del saber cultural se separan, las cuestiones jurídicas de las cuestiones morales y éticas.⁴⁷

Por tanto, y junto al concepto de cultura democrática, se hace necesario incorporar la cultura de la resistencia y la resistencia cultural, en la cual el arte va a jugar un papel preponderante, pues:

El retomar la cultura de la resistencia y la liberación no contiene solo la producción de la obra o su disfrute como tal. No es la producción artística lo más importante para competir y ser premiado como lo promueve la cultura capitalista. Lo fundamental es el ser ente humano en su proceso creador, integrado a la vida presente, a su pasado o historia y devenir. Un proceso creador autónomo y de realización humana, conjugado en su imaginario, en su juego que parte de la realidad más no es representación e imitación. Es un comprender la realidad, con sus antecedentes y devenir, para interpretarla e intervenirla y hacer una aplicación, una nueva creación. Es asumir

⁴⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 2010), 171.

la lucha para obtener la transformación que involucra la formación estética y ética, que es retomar la autonomía, el poder de crear gracias a la libertad de todos los seres entes humanos en igualdad.⁴⁸

Muchos juristas consideran que la praxis jurídica está muy alejada del arte, sin embargo algunos autores inspirados en Ulpiano consideran que: “como arte, técnica, o actividad práctica, el derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo. También se define como *ars loquendi* y el *ars fori*, o el arte de hablar en los tribunales y el arte del foro”.⁴⁹

En la lógica que manejamos usualmente, se podría decir que el Estado, nace como una forma de dar forma a la convivencia humana, por medio de una organización política que corresponde a un tiempo y espacio determinados, reconociéndose como elementos básicos: la población, o componente humano, el territorio, el orden jurídico, expresado en unas reglas básicas para la convivencia social, soberanía sustentada en independencia y autodeterminación, y un gobierno que expresa la organización y la voluntad del poder, debiendo reconocerse como quinto elemento a la cultura como acertadamente lo plantea Peter Häberle.⁵⁰

La pretensión de dar cierta coherencia a la convivencia social, a causa de los intereses de los grupos y personas que buscan el poder para satisfacer sus intereses, termina diluyendo el rol garantista del Estado, que finalmente se levanta como el rector absoluto de la sociedad y contradice los anhelos emancipatorios de los pueblos y de los individuos, puesto que “lo que el Estado hace y puede hacer está limitado y condicionado por la necesidad de mantener el sistema de organización capitalista del que es parte”.⁵¹

En la hora presente se tiene Estados con Constituciones que no siempre permiten la organización libre de la convivencia social y que al menos teóricamente imponen límites al poder mediante la garantía de los derechos; al mismo tiempo, los Estados como personas jurídicas del derecho internacional asumen compromisos internacionales de proteger y respetar los derechos de las personas; y justamente parte de estos derechos

⁴⁸ Betty Osorio, “La cultura de la resistencia y la liberación en la construcción del nuevo pensamiento-praxis filosófico y político”, *Aporrea*, <<http://www.aporrea.org/ideologia/a49739.html>>, consulta: 3 de noviembre de 2015.

⁴⁹ Javier Barraca Mairal, *Pensar el derecho: Curso de filosofía jurídica* (Madrid: Palabra, 2005), 32.

⁵⁰ Ver Peter Häberle, *Verdad y Estado constitucional* México DF: UNAM, 2006), 151 y Peter Häberle, *Constitución como cultura: Artículos seleccionados para Colombia* (Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta-Universidad del Externado de Colombia, 2002), 103.

⁵¹ John Holloway, *Cambiar el mundo sin tomar el poder: El significado de la revolución hoy* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2005), 17.

constituyen los derechos y libertades culturales, entre los que destaca nítidamente la libertad de creación y expresión artística.

El Informe final de la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales de 1982,⁵² dice que la cultura comprende la creación artística, su interpretación y difusión, además la cultura física, juegos y actividades al aire libre, como también los derechos fundamentales, y los modos en que la sociedad y sus miembros son capaces de expresar sus sentimientos sobre belleza y armonía; sus visiones del mundo, sus modos de creación científica y tecnológica y el control del medio ambiente natural;⁵³ sin embargo todas y cada una de estas expresiones de humanizarse desde la cultura, no pueden entenderse sino a partir de aquella facultad que les asiste a las personas para manifestar su voluntad y ejercer su autodeterminación, la que se conoce con el nombre de libertad y por extensión de las libertades culturales.

Para empezar a explicar la naturaleza y caracteres de las libertades culturales, debemos partir de un breve atisbo a la noción de libertad en general, considerando que las múltiples interrelaciones, los nexos y los desarrollos solo pueden ser entendidos en función de los eventos que han antecedido al objeto de estudio, que lo configuran y lo hacen singular y diverso al mismo tiempo en función de la naturaleza dialéctica holística y compleja de nuestro objeto de estudio.

Pues bien, desde las revoluciones burguesas del siglo XVIII y XIX, el concepto libertad aparece enlazado a las nociones de igualdad y justicia. El filósofo Isaiah Berlin en la célebre conferencia inaugural como *Chichele Professor* de 1958, intitulada “Dos conceptos de libertad”,⁵⁴ con gran influencia en la teoría política contemporánea, sistematiza la reiterada distinción entre libertad positiva y libertad negativa, destacando una importante diferencia entre la concepción positiva de libertad que se refiere no al

⁵² La Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales se llevó a cabo en México DF del 26 de julio al 6 de agosto de 1982, en esta conferencia a más de redefinir la noción de cultura para incluir en ella no solo las artes y las letras, sino también los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano y los sistemas de valores, tradiciones y creencias, la conferencia aprobó la Declaración de México sobre las Políticas Culturales con una nueva definición del patrimonio cultural que englobaba las obras materiales e inmateriales, mediante las cuales se expresa la creatividad (Nota del autor).

⁵³ El texto de la Declaración de México sobre las políticas culturales puede leerse en el portal de la UNESCO, <http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf>, consulta: 12 de abril de 2012.

⁵⁴ Ver amplia información en Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (Madrid: Alianza, 2005).

estar libre de algo, sino el ser libre para algo, para llevar una determinada forma de vida, en tanto que la libertad negativa es algo cuya amplitud es difícil de estimar en un caso determinado, pues solo aparenta depender de la capacidad que se tenga para escoger autónomamente entre dos posibilidades. Sin embargo, la distinción entre los dos tipos de libertad no es suficiente para entender la complejidad de este concepto, pues, paradójicamente y como señala Rousseau, “el hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas”.⁵⁵

Se hace necesario distinguir entre libertad negativa y libertad positiva, de modo que: “La libertad negativa es la ausencia de obstáculos, barreras o restricciones. Se tiene libertad negativa en la medida en que tenemos disponibilidad de acción en este sentido negativo. La libertad positiva es la posibilidad de actuar o el hecho de actuar de manera que se tome control de la propia vida y se realicen los objetivos fundamentales propios”.⁵⁶

La puntual explicación antes señalada es fundamental para distinguir doctrinariamente entre libertad positiva y negativa, entendiéndose en el primer caso que solo podemos ejercer nuestras libertades en tanto y en cuanto no existan impedimentos, trabas u obstrucciones para su ejercicio, pues cualquier óbice que contenga a la libertad termina por vulnerarla completamente; sin embargo cuando se habla de libertad positiva, se lo hará respecto a la posibilidad de cierta autarquía individual.⁵⁷

No obstante, se considera que la noción libertad es compleja y tiene que ser considerada desde una perspectiva integral, pues al mismo tiempo es *qualia*,⁵⁸ concepto esencial y categoría relacional según la forma como en función de los factores condicionantes se expresa como un todo. Dicho en otros términos jurídicamente resulta

⁵⁵ Juan Jacobo Rousseau, “El contrato social”, 4, Aleph.com, <<http://www.bibliocomunidad.com/web/libros/Juan%20J.%20Rousseau%20-%20El%20Contrato%20Social.pdf>>. Consulta: 26 de diciembre de 2012.

⁵⁶ Ian Carter, “Libertad negativa y positiva”, *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, 10 (2010): 15.

⁵⁷ Aunque jurídicamente se ha discutido ampliamente el tema, consideramos que uno de los aportes más notables sobre el verdadero ejercicio de la libertad positiva expresada como un auténtico autarquismo está en el pensamiento de Robert LeFevre. Amplia información en Doherty, Brian, *Radicals for Capitalism: A Freewheeling History of the Modern American Libertarian Movement* (Nueva York: PublicAffairs TM, 2007) y Murray Rothbard, *The betrayal of the American Right* (Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 2007).

⁵⁸ El término *qualia* deriva del latín “*qualis*” que etimológicamente significa “como es”. Filosóficamente se emplea para definir una experiencia mental: la vivencia personal subjetiva de las cosas, las expresiones sensoriales, las percepciones, etc. ante lo cual se presenta un vacío explicativo (Nota del autor).

imposible por ejemplo que un juez pueda determinar metafísicamente si una persona es libre, porque solo puede resolver el caso concreto en función de los observable de modo que no puede ir más allá del examen y percepción empíricas del asunto sometido a su conocimiento, es decir solamente podrá considerar lo que está permitido, lo que esta ordenado y lo que está prohibido, como límites del espacio de la libertad jurídica, lo cual es evidentemente una zona reducida a regulaciones e imperativos normativos, que poco o nada tiene que ver con la realización plena de la utópica libertad plena.

La libertad individual, supone la capacidad de cada uno para decidir autónomamente sobre las cuestiones esenciales de su vida, haciéndose responsable ante el conglomerado social de las consecuencias de tales determinaciones, y por supuesto de los resultados y efectos de sus acciones tomadas con plena conciencia y voluntad; no debemos olvidar que en según el momento y el contexto histórico, la libertad de las personas se expresa y se realiza de distinta manera.

En esta misma línea de reflexión, resulta interesante analizar el paso de la noción libertad individual, al concepto libertades públicas,⁵⁹ pues este último tiene que ver ya no tanto con el individuo, sino más bien con la autonomía de la sociedad civil respecto de la sociedad política, en consecuencia, la libertad reclamará su espacio en la esfera de un conjunto de actividades propias de la convivencia humana, y así se empezará a hablar sobre libertades culturales, religiosas, científicas, políticas y económicas, como propias de la sociedad civil, reservando del poder del Estado, un espacio de desarrollo autónomo, amplio y expedito a todas las búsquedas y expresiones creativas, que se van construyendo y de algún modo incidiendo en el curso de la historia y la evolución de la especie humana.

En consecuencia, el tránsito entre libertad individual a libertades públicas, se produce cuando fruto de la convivencia social, el grupo humano se da cuenta que la libertad es un fenómeno complejo, pues no solamente se manifiesta en la individualidad de una persona, sino que debe expresarse en la dimensión de lo social, este será justamente uno de los aspectos más importantes tanto en la Declaración de Virginia de 1776⁶⁰ como

⁵⁹ Sobre libertades públicas puede leerse en Ramón Soriano Días, *Las libertades públicas*, Madrid, Tecnos, 1990.

⁶⁰ La primera cláusula de la Declaración de los Derechos de Virginia, del 12 de junio de 1776 hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en convención plena y libre, como derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad, como base y fundamento de su Gobierno dice: "1. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o

en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,⁶¹ considerados como los documentos que más han influido a los posteriores en materia de derechos.

La libertad aun siendo una facultad immanente de cada ser humano de carácter personalísimo, no puede limitarse a un encierro o una contención en la individualidad personal, puesto que la libertad más bien facilita la apertura hacia el entorno, posibilitando la alteridad, facilitando la convivencia, y en última instancia favoreciendo la existencia misma de la sociedad, y dentro de ella será la comunidad de personas libres, quienes construyan lazos de amor,⁶² mancomunidad y solidaridad para compartir un proyecto de vida en común, manteniendo al mismo tiempo la capacidad necesaria para seguir en forma autónoma su propio camino de desarrollo personal.

El uso inicial del concepto *libertades públicas*, propiamente dicho, se lo puede encontrar en Francia, como *Libertés Publiques* en el artículo 25 de la Constitución del II Imperio de 1852, en donde se hace al Senado el guardián de la Constitución y de las libertades públicas y, a partir de entonces, el término se inserta en la tradición republicana de Francia.⁶³

postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad”. El texto puede leerse en <<http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>>, consulta: 12 de julio de 2015.

⁶¹ Los dos primeros artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789) dicen: Artículo primero.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2.- La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Asamblea Nacional del pueblo francés, “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2001), 19.

⁶² El uso del vocablo amor en este trabajo está en relación con los planteamientos del biólogo chileno Humberto Maturana, quien es el primer científico que desde su hacer como tal explica el amor. En su propuesta, el amor no es una cualidad o un don, sino que como fenómeno relacional biológico, consiste en las conductas o la clase de conductas, por medio de las cuales el otro, o lo otro, surge como uno legítimo otro en la cercanía de la convivencia, en circunstancias en que el otro, o lo otro, puede ser uno mismo. Amplia información en Humberto Maturana Romesín y Gerda Verden-Zöllner, *Amor y juego: fundamentos olvidados de lo humano. Desde el patriarcado a la democracia*, (Santiago: JC SAEZ, 2003).

⁶³ “El Consejo de Estado el 13 de noviembre de 1947, en relación con el artículo 72 de la Constitución de 1946, señala que: “El término libertades públicas comprende, con independencia de la libertad individual, las grandes libertades, y, por ende, se incluyen obviamente en esta categoría de las libertades públicas: de reunión, de asociación, y con ella, la sindical, de prensa, y en modo general, la difusión del pensamiento, libertad de conciencia y de cultos, y la libertad de enseñanza”. Ver <<http://drachavezgalindo-maestriadh.blogspot.com/p/los-derechos-humanos.html>>, consulta: 26 de diciembre de 2012.

Remedio Sánchez Ferris, en su libro *Estudio sobre las libertades* (1995), manifiesta que los derechos-libertades públicas serían las que derivan directamente de la libertad humana y de su lógica manifestación exterior; son derechos que se exteriorizan que se ejercen con relación a los demás, aunque no necesariamente en forma colectiva pero que en todo caso pueden lograr, y aspiran a ello, una repercusión externa a su propio titular (aun en el ámbito propiamente político) lo que, en cambio, no ocurre con los derechos o libertades individuales ni con las sociales.⁶⁴

Por su naturaleza las libertades públicas se entenderán entonces, como derechos cuyo reconocimiento no complacen al poder,

[...] el poder se nos presenta como enemigo de la libertad, ya que obliga a muchos a obedecer a unos pocos. Su mera existencia supone una merma de lo que solemos entender por libertad de los individuos, y conforme el poder tiende a hacerse absoluto, la sumisión de los individuos tiende a hacerse igualmente absoluta. [...] Así, el poder se enfrentaría radicalmente a la libertad del individuo. Aclaremos: de los individuos que no lo tienen, porque el poder es libertad para quienes disponen de él. Pero esto no suele tenerse en cuenta.⁶⁵

En consecuencia parecería que la libertad en el diseño sociojurídico que tenemos es un atributo del poder, de modo que quien más poder y recursos posea tendrá más libertad, en tanto que las personas y grupos que tengan menos poder y recursos tendrán una libertad muy reducida.

Las libertades públicas son espacios de libertad que se oponen directamente al poderío del Estado, y más que una cuestión relacionada a los casos concretos de los particulares, tiene una dimensión política de carácter emancipador.

Otro concepto oportuno de destacar, es el que tiene que ver con las libertades civiles que constituye:

[...] un concepto de origen británico fundamentado en la Carta Magna de 1215, establece los límites en los que el Poder, bien desde el Estado o desde su uso por el Gobierno correspondiente, pueden interferir en la vida de los ciudadanos, considerados como

⁶⁴ Remedio Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades* (Madrid: Tirant lo Blanch, 1995), 25.

⁶⁵ Esta cita tomada de un artículo del historiador conservador de origen español Luis Pío Moa Rodríguez, quien a pesar de sus posiciones ideológicas derechistas, reconoce las tensiones entre libertad y poder. Amplia información en “El poder y la libertad”, <<http://www.piomoa.es/?p=1773>>, consulta: 11 de noviembre de 2015. Nota del autor.

entidades individuales con derecho inherente a una vida privada. Las libertades civiles son ontológicamente previas a los derechos civiles, que regulan su existencia. Las libertades civiles se vinculan con la condición soberana de los ciudadanos, mientras que los derechos civiles son el resultado de la cohesión de los individuos en una sociedad con un Estado, es decir, como ciudadanos. En los países occidentales, fundamentalmente en todos los que no son de área anglosajona, las Constituciones han disuelto las libertades civiles en derechos fundamentales, con la ingenua idea de que va a ser el Estado el que va a proteger las libertades civiles, cuando en realidad es su mayor fuente de opresión. Las libertades civiles se exigen desde la sociedad civil que se autodetermina, no desde el Estado que trata de anular la condición soberana de los ciudadanos. Las libertades civiles emergen de la libertad para contraponerse al poder.⁶⁶

Lo señalado anteriormente permite entender que la naturaleza de las llamadas libertades radica en constituirse en límites del poder, y desde una perspectiva de carácter ontológico, los defensores de este concepto las asumen como preexistentes inclusive a los derechos constitucionales, lo que a su vez conduce a un razonamiento que cuestiona el hecho que estas libertades civiles hayan sido asimiladas por los derechos fundamentales, partiendo de la premisa de que siendo el Estado el principal avasallador de las mismas, mal podría constituirse como su garante.

En otras ocasiones también se hace referencia a la noción libertades ciudadanas, tomando como referencia una noción propia del constitucionalismo norteamericano, que una vez que logró derrocar al colonialismo británico, se planteó la necesidad “de promulgar una Constitución de libertades ciudadanas”,⁶⁷ con el fin de enlazar el concepto de libertad al de ciudadanía como cimiento de legitimidad y representación política de los movimientos emancipatorios que lucharon por la independencia de los Estados Unidos de América (EUA), idea que posteriormente se generalizaría al constitucionalismo europeo y latinoamericano.

No se debe olvidar que si bien se trata de una plasmación del concepto libertad, a nivel jurídico, en forma normativa, siempre se tuvo cuidado de garantizar determinadas libertades, que pudieran ser manejadas desde la lógica del ejercicio del poder en un sistema político-social, de modo que al final las Constituciones no serán instrumentos jurídico-políticos capaces de ampliar las libertades, sino que más bien las restringen y las

⁶⁶ Ver “Libertades Civiles y Derechos Humanos”, *A-políticos*, 2 de octubre de 2010, <<http://a-politicos.blogspot.com/2010/10/libertades-civiles-y-derechos-humanos.html>>. Consulta: 15 de noviembre de 2015.

⁶⁷ Carlos Cerda, “La utopía del ciudadano”, en Ana María Saavedra, edit., *DebatePaís/2000*, 21-4. (Santiago: Editorial Cuarto Propio / Universidad de Chile, 2001), 22.

vuelven funcionales, de modo que “todas las Constituciones políticas y todos los sistemas de gobierno –incluso la federación– se reducen a esta fórmula: Contrapeso de la Autoridad por la Libertad, y viceversa”.⁶⁸

En el caso de los EUA, la defensa de las libertades está estrechamente vinculada a la libertad de trabajo, de iniciativa económica o empresa, de religión, y libertad de expresión, todas ellas en función del derecho a la búsqueda de la felicidad.

Ahora bien, las exigencias del reconocimiento y la reivindicación de los derechos y las libertades de las personas, son en sí mismas el medio idóneo de su legitimación, y aunque pueda resultar utópico, la función práctica de los derechos y libertades consiste en señalar permanentemente al poder cuáles son sus límites y recordarle que su ejercicio únicamente se justifica si está al servicio de los seres humanos y de su bienestar; buen vivir como dice la CRE de 2008, o la búsqueda de la felicidad invocada en la Declaración de Virginia y en la Declaración Francesa de los derechos del hombre y del ciudadano.

Un aspecto fundamental a tomarse en consideración, pues el ejercicio de la libertad se ubica dentro de este contexto, ya que se trata de ejercicio creativo, que permite relacionar al individuo, ciudadano o persona con el medio, para que condense estas dos dimensiones, para que aflore el descubrimiento, la fraternidad, la solidaridad, la amistad y el amor, es decir una manera de convivir con los demás mediante una manera de ser, que sabe acoger lo que acontece y lo hace suyo, toda vez que los derechos son “una convención cultural que utilizamos para introducir una tensión entre los derechos reconocidos y las prácticas sociales que buscan, bien, su reconocimiento positivo, bien otra forma de reconocimiento u otro procedimiento que garantice algo que es a la vez exterior e interior a tales normas.”⁶⁹

Por tanto, la libertad en sí misma por su carácter cultural, no solamente es parte de los derechos humanos, sino que ante todo les da contenido y, al mismo tiempo, se presenta como una condición *sine qua non* para que todas las personas podamos disfrutar de ellos, puesto que “la fuente de mi libertad debe ser entendida como la fuente de la libertad de los demás. De ello se deduce que la “tarea” básica de una teoría comprometida con los derechos es la de crear las condiciones teóricas y prácticas para poder afirmar la libertad como una actividad

⁶⁸ Joseph-Pierre Proudhon, *El principio federativo* (Buenos Aires: Libros de Anarres, 2008), 29.

⁶⁹ Joaquín Herrera Flores. *La reinención de los derechos humano* (Andalucía: Atrapasueños, 2008), 23.

creadora que no se limita a darse su propia ley, sino que se erige en constitutiva de su objeto; en otros términos, del mundo en que vivimos.⁷⁰

La cita anterior permite entender que el ejercicio de la libertad no debe significar una práctica egocentrista de búsqueda de privilegios y ventajas, pues “todo dominio injusto, toda violencia, todo acto de egoísmo ejercido en daño de un pueblo, es violación de la libertad”⁷¹.

La libertad tal y como se la ha venido analizando, debe relacionarse con la noción de cultura entendida desde la idea de convivencia humana, toda vez que se encuentra íntimamente ligada a la naturaleza profunda del ordenamiento jurídico democrático, que justamente pretende legitimarse en el reconocimiento de las libertades incluidas las culturales y dentro de ellas naturalmente la libertad de creación y expresión artística, que se traduce en la razón de ser de los procesos culturales emancipatorios que revelan la dinámica de la cultura en el seno del Estado constitucional,

A través de estos elementos para la comprensión de la dimensión cultural de los procesos sociohistóricos, sea a partir de la noción de procesos culturales emancipadores o de la insistencia en crear espacios culturales en los que se ponga en ejercicio una verdadera voluntad de encuentro, se nos ofrece la posibilidad de aproximarnos a los fenómenos culturales sin descuidar las tramas de poder que configuran nuestra realidad; se nos invita a comprender los procesos sin invisibilizar las relaciones jerarquizadas en las que vivimos. Lo cultural es pues, una dimensión ineludible del proceso de emancipación social, y por tanto deberá ser incorporado a la lucha por la liberación.⁷²

Consiguientemente, no se puede entender la libertad sin atender a su contenido cultural, y menos aún explicarla sino como un proceso de lucha por la liberación de los pueblos y las personas, lo que trasluce su carácter emancipatorio y contestatario.

⁷⁰ *Ibíd.*, 99.

⁷¹ Esta idea se la ha tomado de Giuseppe Mazzini, “¿Política de principios o política de intereses?”, Biblioteca Virtual Antorcha, <http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/mazzini/caratula.html>, consulta: 10 de febrero de 2016.

⁷² Carballido Gándara, “Los derechos humanos como productos culturales”, <<http://www.culturaiberoamerica.cr/memoria/html/pdf/04riqueza/01Ponencia.pdf>>, consulta: el 16 de noviembre de 2015.

La garantía de las libertades públicas y la noción de Estado de derecho son inseparables en su relación dialéctica y antitética, puesto que las libertades disputan espacios libertarios a la organización estatal para promover el desarrollo humano en las esferas individual y colectiva, reclamando mecanismos innovadores y pertinentes, que garanticen el ejercicio de las libertades públicas, para lograr erigirse como verdaderos límites a los excesos del poder.

Las libertades públicas son paradójicas, pues anhelan convertirse en la más firme materialización de la autorrealización y la autoplemitud de las personas y los pueblos en el seno del Estado constitucional, y al mismo tiempo, se enfrentan a la estructura estatal pues están conscientes que es el Estado el que las aprisiona; puesto que corresponde a los órganos del propio titular de la soberanía jurídica es decir al gobierno, el realizar tales condiciones ya que teóricamente las libertades públicas en la praxis solo se realizan en el marco de un sistema jurídico determinado”.⁷³

La realidad se muestra descarnada e implacable, y el inmemorial combate entre el poder y la libertad, nos obliga a abrir los ojos:

[...] “nosotros” no somos el gobierno; el gobierno no es “nosotros”. El gobierno no “representa” a la mayoría del pueblo en ningún sentido preciso, pero aun si lo hiciera, aun si el 90 por ciento del pueblo decidiera asesinar o esclavizar al otro 10 por ciento, esto aún seguiría siendo asesinar y esclavizar, y no sería un suicidio o una esclavitud voluntaria por parte de la minoría oprimida. El crimen es un crimen, la agresión contra los derechos es una agresión, independientemente de cuántos ciudadanos estén de acuerdo con la opresión. La mayoría no tiene nada de sagrado; incluso la turba que ejecuta un linchamiento es también la mayoría en su propio dominio.⁷⁴

Coincidiendo plenamente con Murray Rothbard, se considera que se trata de entender que la integración de las libertades en el discurso del Estado constitucional democrático, e inclusive la incorporación de las mismas en los catálogos constitucionales, no ha resuelto los problemas de dominación, explotación, ilegitimidad del ejercicio de la autoridad, que indiscutiblemente siguen latentes.

⁷³ Jean Morange, *Las libertades públicas* (México DF: FCE, 1980), 8.

⁷⁴ Murray Rothbard, *Hacia una Nueva Libertad: El anifiesto libertario* (Buenos Aires: Grito Sagrado, 2006), 73-4.

Sin dejar de señalar las complejidades antes señaladas, las cuestiones que hemos problematizado, constituyen un punto de partida inevitable, para entender de mejor manera a las libertades culturales, puesto que a partir de aquello existe en la hora presente, una aceptación casi generalizada que estas son inseparables de la concepción de otros derechos de la persona, y que su formulación no queda restringida a estos de manera aislada, sino que comporta un cambio de contexto en la lectura de todos los demás derechos, de modo que las libertades culturales no solamente se expresan en el ámbito de aquellos derechos llamados por la doctrina derechos personalísimos, sino que además hacen parte de las libertades colectivas como dimensiones que se nutren y funcionan en forma dialéctica pues, la libertades culturales colectivas han devenido en condición esencial para la realización de las libertades culturales individuales, y viceversa.

Resulta oportuno destacar que las libertades culturales son diversas, de modo que se puede hablar de la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra, libertad de ejercer ciertas prácticas culturales, la libertad de utilizar los recursos culturales, la libertad estética, el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad a través de las actividades que libremente elija, el derecho al disfrute del tiempo libre, la libertad a elegir la identidad cultural, la libertad de elegir de identificarse o no con una o varias comunidades culturales, sin consideración de fronteras, y de modificar esta elección, la libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios, la libertad de expresarse, en público o en privado en los idiomas de su elección, libertad de difusión cultural, libertad de divulgación de obras culturales, libertad de acceso a los bienes de cultura, libertad de iniciativa cultural, libertad de promover actividades culturales, la libertad de asociación y fundación de cultura, libertad de iniciativa económica cultural, etc. conviene recordar una vez más que la “libertad cultural no queda asegurada a partir de la mera aplicación de los derechos cívicos, participativos y sociales recogidos en las Constituciones democráticas”.⁷⁵

Entre las libertades públicas destaca nítidamente la libertad de creación y expresión artística que integra tanto en componente creación, como el componente expresión, articulando tanto la libertad de expresión, considerada en términos generales,

⁷⁵ Ferrán Requejo, “Libertad cultural y democracia”, *Revista de Prensa*, 30 de enero de 2006, <<http://www.almendron.com/tribuna/libertad-cultural-y-democracia/>>, consulta: 24 de julio de 2012.

con derecho a crear arte en libertad, razón por la cual planteamos entender a la libertad de creación y expresión artística como un derecho complejo, con el propósito de superar lecturas que soslayando esta aparente dificultad conceptual, han optado por simplemente hacerla aparecer erróneamente como una subcategoría de la libertad de expresión.

Afirmar que la libertad de creación y expresión artística, constituyen un derecho complejo no solamente obedece al hecho de estar compuesto, tanto del derecho a crear como al derecho a expresar, acoplando en el arte las distintas propiedades y problemáticas de los dos referidos; sino que además es inevitable enfrentar los desafíos que en función a la característica de relacionalidad de este derecho, nos veremos abocados a enfrentar, reconociendo que en la esfera de los saberes jurídicos, la razón reduccionista, ha generado una invidencia epistemológica que se ha traducido en la praxis en un altísimo grado de injusticia e intolerancia; y es así que la tipología de derechos simples que los grandes proyectos de la modernidad, tanto liberal como socialista, nos han hecho llegar hasta nuestros días, al momento de plantarse temas sensibles, resultan insuficientes para hacer frente a los desafíos que enfrenta la convivencia humana, y es por ello que para hacer viable una explicación integral y en cierta medida más provechosa, hemos planteado entender a la libertad de creación y expresión artística como un derecho complejo.

Si se habla de derechos, la complejidad debe abarcar al análisis de variadas dimensiones, pues como lo señala Joaquín Herrera Flores:

En primer lugar, debemos tener presentes el conjunto de ideas (producciones culturales, científicas, artísticas, psicológica...) y de instituciones (gobierno, familia, sistema educativo, medios de comunicación, partidos políticos, movimientos sociales...). Y, en segundo lugar, la interacción continua entre las fuerzas productivas (trabajo humano, equipamientos, recursos, tecnologías...) y las relaciones sociales de producción (interconexiones entre grupos de seres humanos en el proceso de crear, producir y distribuir productos: relaciones de clase, de género, de etnia, mercantiles...).

La interacción estrecha entre ideas, instituciones, fuerzas productivas y relaciones sociales de producción nos es muy útil a la hora de superar los reduccionismos a que nos tiene acostumbrados la teoría tradicional de los derechos.⁷⁶

⁷⁶ Joaquín Herrera Flores, “La complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada”, *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, No. 1 (2008): 134-5, <<http://reid.org.br/?CONT=0000010>>, consulta: 8 de diciembre de 2012.

Evidentemente, y coincidiendo con el enfoque de Herrera Flores, para entender la libertad de creación y expresión artística, habrá que adoptar el principio de pluricausalidad, ya que tratándose de un derecho complejo, no es resultado de un solo factor, variable o condición, sino que habrá que desentrañar las múltiples dimensiones propias del objeto de estudio, que en este caso coinciden con los procesos de preservación, desarrollo y difusión de la cultura, pero sin perder de vista las contradicciones dialécticas propias de su complejidad, las cuales constituyen pares de categorías iusfilosóficas que reflejan aspectos significativos de la realidad, que si bien se presentan en forma multicausal y simultánea, para fines explicativos trataremos de condensar en una unidad dialéctica, que no permita efectivamente configurar jurídicamente a la libertad de creación y expresión artística.

Todo lo que hemos señalado evidencia el largo camino que han transitado las libertades culturales para ser recodidas en su verdadera dimensión y complejidad, y como la configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística requiere de herramientas teóricas peculiares y diversas, para su adecuada comprensión en los distintos ordenes de la vida humana.

1.3. Nociones teóricas y de contexto sobre libertad de creación y expresión artística

Explicar la naturaleza de la libertad de creación y expresión artística, constituye, sin lugar a dudas un asunto sumamente complicado, pues dicho análisis requiere de cierto cuidado para entender su alcance.

Habremos de topar una vez más el tema de la libertad, concepto complejo, subjetivo y polisémico, cuyos contornos son difíciles de reconocer, sin embargo cabe señalar que se trata de aquella idea que insistentemente se la relaciona con el ejercicio de la voluntad humana, en función de la autonomía individual, puesto que “una acción se considera libre en tanto que su razón proceda del aspecto ideal de mi ser individual,

cualquier otro aspecto de una acción, tanto si se lleva a cabo forzado por la naturaleza, como por la necesidad de una forma ética, se considera como no libre”.⁷⁷

Edgar Morin, en su libro *Antropología de la libertad* reflexiona, sobre la paradoja humana por la cual el ser humano es una especie de títere manejado desde el interior y desde lo exterior, no obstante que al mismo tiempo se “autoafirma en su misma condición de sujeto”⁷⁸ una idea que por supuesto fue planteada con anterioridad por el psicólogo suizo Carl Jung, quien llegó a sugerir que la libertad no podía extenderse más allá de los límites de la propia conciencia.⁷⁹

Algunas definiciones radicales⁸⁰ sugieren que la libertad significaría emanciparnos de todo aquello que oprime nuestra conciencia, de modo que no estaríamos hablando de una capacidad de tomar nuestras propias decisiones, sino más bien una existencia y una conciencia totalmente distinta, argumento que viene del propio Erich Fromm quien consideraba que quizás la libertad no es más que una palabra para decir que no hay nada que perder y es que si el pasado deja de existir cada nuevo día, y si el futuro es inexistente la libertad del ahora sería un estado de conciencia mucho más trascendente que simplemente hablar de la capacidad de autogobernar nuestros actos.

Desde una lectura en clave de derechos, no podemos olvidar que “las luchas por la libertad fueron sostenidas por los oprimidos, por aquellos que buscaban nuevas libertades en oposición con los que tenían privilegios que defender”⁸¹ y que la libertad individual también tiene un correlato político, cuya expresión más clara ha sido la reivindicación del pensamiento moderno de las libertades ciudadanas, que teniendo fundamento el principio de la soberanía individual que confronta al poder del Estado, buscando el reconocimiento de límites de injerencia en un espacio propio de cada persona que constituye un coto vedado.

Sin embargo, y a pesar de las cuestiones antes anotadas, ninguna de ellas destaca el carácter cultural de la libertad, y es justamente aquella ambigüedad la que la hace un

⁷⁷ Rudolf Steiner, *La filosofía de la libertad*. Fundamentos de una concepción moderna del mundo. Trad. por Blanca S. de Munianín y Antonio Aretxabala (Madrid: Ed. Rudolf Steiner, 1999), 71.

⁷⁸ Edgar Morin, *Antropología de la libertad*, trad. José Luis Solana Ruiz (París: Ed. Grace, 1999), 8.

⁷⁹ Carl Gustav Jung, *Sobre el fenómeno del espíritu en el arte y en la ciencia* (Madrid: Trotta, 2014).

⁸⁰ Nos referimos a autores como Mijaíl Aleksándrovich Bakunin, Piotr Alekséyevich Kropotkin, John Zerzan, Noam Chomsky, Bob Black, Hakim Bey, etc. (Nota del autor).

⁸¹ Erich Fromm, *El miedo a la libertad* (Buenos Aires: Paidós, 2005), 27.

concepto impreciso, por tal razón para algunos pensadores, en especial los vinculados a concepciones libertarias, lo que llamamos libertad individual tendría un origen natural y su fundamento ético estaría en la soberanía individual.⁸²

La libertad puede ser interpretada desde dos supuestos o dos tipos de libertad, el primero se refiere a la libertad objetiva y el segundo a la libertad subjetiva, ambos sugieren que en cada miembro de la sociedad se debe hallar un equilibrio entre los deseos, la imaginación y la capacidad de actuar de tal modo que la libertad de cada individuo sea auténtica. Sentirse libres de restricciones, libre de actuar según el propio deseo, implica alcanzar un equilibrio entre los deseos, la imaginación y la capacidad de actuar: nos sentimos libres siempre y cuando nuestra imaginación no exceda nuestros verdaderos deseos y ni una ni los otros sobrepasen nuestra capacidad de actuar.⁸³

Las libertades culturales, religiosas, científicas, políticas y económicas, propias de la sociedad civil, constituyen todo un espacio de desarrollo autónomo, amplio y expedito a todas las búsquedas y expresiones creativas, que se van construyendo y de algún modo incidiendo en el curso de la historia y la evolución de la especie humana, sin desconocer que existe una supervisión desde el Estado que vigila y contiene la creatividad cuando está contra la ley y el sistema, para que no cumpla la propuesta anarquista de Hakim Bey: *arte como crimen; crimen como arte*.⁸⁴

La noción de libertad está siempre vinculada a la creatividad desde la complejidad de su fundamento ontológico, teniendo en cuenta que la creatividad constituye una de las funciones psíquicas del cerebro humano, y una característica que diferencia a la especie humana del resto de los seres vivos, en cuanto a la capacidad de crear y expresar; es decir, la aptitud para producir algo nuevo y distinto en forma espontánea y libre, distintivo propio de la especie humana que se manifiesta no solamente en el arte, sino en todos los entornos de actuación de las personas como lo científico, técnico, e inclusive en las tareas del quehacer cotidiano, que necesariamente reclaman libertad para llevarlas adelante adecuadamente.

⁸² Sobre este tema se recomienda la lectura del libro de Michel Onfray, *Política del rebelde: Tratado de la resistencia y la insumisión* (Buenos Aires: Ed.Libros Perfil, 1997).

⁸³ Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida* (México DF: FCE, 2003), 21-22.

⁸⁴ Amplia información en Hakim Bey, *Caos: Los pasquines del anarquismo ontológico* (Madrid: Talasa, 1996).

Por su propia naturaleza el ser humano es libertariamente creativo en especial en la forma en que se relaciona para hacer convivencia, lo cual se expresa en el conocer, el comportamiento, el descubrir el mundo, la capacidad de asombro, y el cómo se expresa; siendo esta actitud innovadora la que ha permitido enfrentar los distintos desafíos que se presentan a través de nuestra existencia y desarrollar el potencial individual y colectivo; de modo que: “Lo que llamamos ideas, pensamientos, solución de problemas, acciones innovadoras [...] serían como campos energéticos en permanente fluir del desorden al orden, reorganizándose cada vez que algún elemento o información lo altera. Sistemas de energía como la vida misma, en la cual nos vamos transformando gracias a las interacciones, al tiempo que contribuimos a transformar y evolucionar a quienes nos rodean.”⁸⁵

En consecuencia se puede afirmar que todos los seres humanos somos creadores innatos de formas reales o imaginarias, mediante las cuales expresamos pensamientos, nuestras vivencias, nuestros sentimientos y la forma cómo percibimos el mundo; y en suma, la creatividad es un proceso que en ejercicio de la libertad, nos permite moldear nuestras ideas, sentimientos y mostrarlos, aunque claro está que esta apreciación no puede trivializarse, pues la ciencia día a día nos sigue planteando nuevas incógnitas.

La libertad creativa es una expresión connatural y característica de todos los seres humanos, no obstante, por lo general son los artistas quienes la ejercen con mayor vehemencia y emotividad, por ello Platón al referirse al artista, metafóricamente decía que es un hombre Dios, justamente para destacar la inventiva y creatividad de los artífices⁸⁶ cuando estos exploran la vida, se pierde y se reencuentra en ella.

El artista brega por realizarse en un estado de libertad indispensable, por ello se recogió jurídicamente a la libertad creativa y sus capacidad de transmisión estética como

⁸⁵ Saturnino De la Torre De la Torre, , “Creatividad cuántica: Una mirada transdisciplinar”, en *Encuentros Multidisciplinares* X, No. 28 (enero-abril de 2008), <<http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistan%BA28/Saturnino%20de%20la%20Torre%20de%20la%20Torre.pdf>>, consultado: 10 de julio de 2013.

⁸⁶ “Platón aseguraba que para ser artista era necesario padecer esta “locura divina” ya que mediante la alteración de un estado mental normal causado por la “divinidad”, el hombre era capaz de crear valores inmensurables. La locura divina de los artistas lograba que estos se purificaran, liberaran y tomaran los conceptos de cuerpo y alma para realizar sus obras”. “Definición de artista: El ‘Exponente del arte’”, <<http://www.abcpedia.com/diccionario/definicion-artista.html>>, consulta: 7 de enero de 2012.

como libertad de creación y expresión artística. El creador se convierte en el sujeto primordial de este derecho, y el acto creativo como objeto de protección,⁸⁷ debiendo señalar que en algunos casos este acto creativo suele ser sumamente subjetivo.

El vínculo entre el acto de creación en ejercicio de la libertad del creador o artista, fue reconocido jurídicamente y de manera pionera en un fallo del Tribunal Constitucional alemán en el polémico caso *Mephisto*⁸⁸ en el cual se consideró que el fundamento de la actividad artística es la libre estructuración de la creatividad,⁸⁹ dejando en evidencia, la relación entre actividad artística y creatividad como la expresión más espontánea y natural de la personalidad individual del creador.

De modo que la creatividad no queda únicamente en el mundo interior de su creador, y por su naturaleza tiende a buscar formas de exteriorizarse, de allí la importancia de la libertad de expresar el producto de la creación artística, y por consiguiente, la necesidad de acompañar al acto creativo de la *libertad de expresión del arte*, que constituye un derecho de las personas, consagrado la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, varios otros instrumentos internacionales, y también en las diversas Constituciones de los Estados, tratándose básicamente de un medio para la libre difusión de las ideas, tal y como fuera concebido desde la Ilustración.

De conformidad con el artículo 13 numeral 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁹⁰ 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 frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

⁸⁷ Ver Rubén Martínez Dalmau, “Arte, derecho y derecho al arte”, *Revista Derecho del Estado*, No. 32, Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

⁸⁸ Nos referimos a *Mephisto* (1936) novela del escritor alemán Klaus Mann, mucho se ha discutido en el sentido que los obstáculos a la publicación de esta obra condujeron al suicidio de su autor.

⁸⁹ Sentencia BVerfGE 30, 173, caso *Mephisto*, <<http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/mephisto.pdf>>, consulta: 6 de enero de 2012.

⁹⁰ La Convención Americana sobre Derechos Humanos también llamada “Pacto de San José de Costa Rica”, fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969. El Estado ecuatoriano es suscriptor de este instrumento internacional, el cual fue publicado en el *Registro Oficial* (RO, en adelante) No. 801 del 6 de agosto 1984 (Nota del autor).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH en adelante) ha señalado que la enunciación de medios restrictivos que hace el artículo 13.3 no es taxativa y que tal artículo impone al Estado obligaciones de garantía, aun en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no solo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también controles particulares que produzcan el mismo resultado, puesto que “[...]sin una efectiva garantía de la libertad de expresión se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que se arraiguen sistemas autoritarios”.⁹¹

Estos parámetros también deben observarse en la esfera de la libertad de creación y expresión artística, puesto que la indiferencia frente a las violaciones de esta libertad cultural, dejan a artistas y creadores en una situación de peligrosa vulnerabilidad frente a las reiteradas vulneraciones de su dignidad.

La libertad de creación y expresión artística revela la tolerancia de una sociedad y la calidad de su sistema democrático, el cual será fuerte en tanto existan libertades y al menos cierto grado de respeto desde el poder, que siempre será ilegítimo por su naturaleza opresora.

Toda vulneración a las libertades artísticas lacera a la democracia y la debilita, por esta razón, la Corte IDH ha expresado que la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, indispensable para la formación de la opinión pública, y *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.⁹²

⁹¹ Santiago Guarderas, “La jurisprudencia en la CIDH sobre libertad de expresión”, Asociación ecuatoriana de editores de periódicos, AEDEP <http://www.aedep.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=139:la-jurisprudencia-en-la-cidh-sobre-libertad-de-expresion-&catid=1:recientes>, consulta: 7 de enero de 2012. Graciela Aurora Mota Botello, *Psicología arte y creación* (Monterrey: CAEIP, 2011), 177.

⁹² Amplia información en Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. CIDH, Washington, 2000, 1.

Asimismo, el Informe de la Comisión MacBride de la UNESCO, *Un solo mundo, voces múltiples*; considera que la libre expresión del arte junto a otras formas de libertad de expresión, constituye un elemento vital del proceso democrático.⁹³

La libertad de creación y expresión artística, le permite al ciudadano comprender los asuntos de interés público, a través de una representación distinta, lo que facilita que este pueda participar eficazmente, en el adecuado funcionamiento de la democracia, pues ante todo el arte es libertario, concienzudo, cuestionador del poder e inspirador, por tanto las ciudadanas y los ciudadanos se ven motivados a emitir juicios críticos sobre el sistema, gobierno, y el funcionamiento mismo de la sociedad y por tanto ejercer plenamente su derecho a pensar y manifestárselo cuan evidentemente, permite la realización de la democracia como derecho humano.⁹⁴

En cuanto a la libertad de manifestarse por medio del arte, resulta oportuno señalar que aquello que se define como *expresión artística*, no es otra cosa sino la exhibición de las ideas y la exteriorización de sentimientos e inquietudes intelectuales hacia lo externo y por tanto hacia otras personas mediante alguna forma de arte.⁹⁵

Sin embargo no debemos olvidar que tal exteriorización significa la materialización del acto creativo, que da como resultado un producto intelectual específico que es la obra de arte:

⁹³ Ver Sean MacBride y otros, *Un solo mundo voces múltiples, comunicación e información en nuestro tiempo* (México DF: FCE, 1984).

⁹⁴ El art. 13 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, suscrita en Guayaquil, el 26 de julio de 2012 señala: “Los pueblos andinos tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla, para lograr la plena realización de todos los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, y el derecho al desarrollo”. Con lo que por primera vez en un texto de esta naturaleza se reconoce a nivel de la Comunidad Andina de Naciones a la democracia como un derecho humano. La Decisión 586 trata sobre Programa de Trabajo para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1067, Año XXI, y a nivel nacional en el *RO* No. 461, de 15 de noviembre de 2004. (Nota del Autor)

⁹⁵ “El arte se refiere a cualquier actividad o producción realizada por una persona con una finalidad de tipo estética, que exprese ideas, sentimientos, una forma de ver el mundo, una revelación de la imaginación, etc. por medio de algún recurso ya sea lo plástico, lingüístico, sonoro o mixto, sin embargo, no existiendo un único concepto sobre qué es el arte, y menos aún un acuerdo entre los autores de diversas tendencias, ya sean historiadores, filósofos, o artistas, hay un hecho cierto, y es que posiblemente y como lo atestiguan las pinturas rupestres, el arte siempre ha sido uno de los medios de exteriorización de pensamientos y sentimientos que ha utilizado el ser humano para expresarse; puesto que “la creación no es una manera más de resolver problemas, sino en su caso, de formular interrogaciones, de asistir a la búsqueda de estas interrogantes como encuentro de un diálogo, donde queda relatada la idea estética que manifiesta el más humilde anhelo hacia lo absoluto”. Mota Botello, *Psicología arte*, 177.

La obra de arte se diferencia de las declaraciones que no son ficción en que la gama de significados múltiples que pueden atribuírsele es mucho más amplia; por ello son extremadamente difíciles de demostrar las suposiciones sobre el mensaje transmitido por una obra de arte, y las interpretaciones que se den a esta no tienen por qué coincidir con el significado que se propuso darle el autor. Las expresiones y creaciones artísticas no siempre transmiten un mensaje o una información específicos, y no debe considerarse que únicamente las que lo hacen son artísticas. Además, el recurso a la ficción y a lo imaginario debe entenderse y respetarse como un elemento crucial de la libertad indispensable para las actividades creativas y las expresiones artísticas: las representaciones de lo real no deben confundirse con lo real, lo que significa, por ejemplo, que lo que un personaje dice en una novela no puede equipararse a las opiniones personales del autor. Por lo tanto, los artistas deben poder explorar el lado más oscuro de la humanidad y representar delitos o situaciones que algunos podrían considerar “inmorales”, sin ser acusados de promoverlos.⁹⁶

Dicho de otro modo la obra de arte es un producto de la imaginación de su autor, capaz de tener una pluralidad de significados, matices e interpretaciones, que no siempre comunican algo definido ni real, puesto que muchas veces o son representaciones o ficciones, de modo que la obra artística muchas veces ni siquiera representa el pensamiento u opinión de su creador, razón por lo cual el tratamiento que debe dársele será definitivamente peculiar.

Uno de los debates más encendidos en la historia del pensamiento humano tiene que ver con el que trata de explicar los fines del arte, y que justamente ha sido arduamente analizado desde la filosofía, ya que intenta entender el cómo asumir una obra artística, ya sea un poema, una escultura, o una interpretación musical, entendiendo justamente el rol de la creatividad, para lo cual se han ensayado tres parámetros: la práctica que es el hacer, la poética referida al crear, la teórica que tiene que ver con el decir.⁹⁷

Así, nos encontramos con una visión amplia sobre el arte, que bien puede acoger todo aquello que ha hecho el hombre y que no es producto de la naturaleza, y desde esta lectura bastante extensiva, arte sería igualmente una obra pictórica, como un automóvil o un montón de basura, pues coincidiendo con las apreciaciones del escritor francés André

⁹⁶ Farida Shaheed, “El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas”, <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>, consulta: 29 de febrero de 2016.

⁹⁷ Una interesante reflexión sobre el tema puede leerse en Zamora Hernán, “¿Qué decimos cuando digo hacer”? Anotaciones para una reflexión acerca de los conceptos: Poesía, teoría, práctica y técnica”. *A Parte Rei. Revista digital de Filosofía* No. 55 (enero de 2008), <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/hernan55.pdf>, consulta: 15 de octubre de 2015.

Gide,⁹⁸ posiblemente aquello que no es natural en el mundo bien podría ser catalogado una obra de arte; por supuesto hay quienes defienden la idea de la calidad estética, y del compromiso del artista, entendiendo al arte románticamente como un instrumento de la libertad y para la libertad, que no podría concebirse sometido a la política, ni reprimido por ningún tipo de influencia.

El Estado en su aparente búsqueda del bien común a través del derecho, estima la importancia de promover y garantizar el arte, lo que necesariamente implica apoyar y promover la libertad artística, creativa, y de expresión; por consiguiente ante toda expresión política de la organización social, el Estado debería también ser el decidido animador de las potencialidades artísticas de ciudadanas y ciudadanos, toda vez que el fundamento filosófico-jurídico de la expresión artística es justamente la práctica humanista y autorrealizadora de la libertad humana en lo individual como derecho personalísimo, y al mismo tiempo como una manifestación y colectiva o social, lo que teóricamente permitiría que efectivamente la libertad de creación y expresión artística, sea reconocida jurídicamente como una verdadera libertad pública.

De modo que, tras todo lo expuesto, se puede advertir que la libertad de creación y expresión artística exhibe la facultad de las personas para generar un acto creativo en forma libre y difundirlo para materializar su aspecto comunicativo igualmente en libertad.

Sobre libertad artística se está debatiendo ampliamente en todo el mundo, razón por la cual el informe anual de la Relatora Especial de Derechos Culturales, presentado al Consejo de Derechos Humanos en el año 2013, está íntegramente dedicado a este tema.⁹⁹

Todo lo cual revela la importancia de la libertad de creación y expresión artística, un aspecto generalmente subestimado por el pensamiento jurídico e inclusive por los propios defensores de los derechos humanos.

⁹⁸ André Gide, *El inmoralista* (Madrid: Cátedra, 2007).

⁹⁹ Nos referimos al Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, “El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas”, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 23º período de sesiones, Tema 3 de la agenda A/HRC/23/34 de 14 de marzo 14 de 2013 (Nota del autor).

1.4. Configuración de la libertad de creación y expresión artística

Sin lugar a dudas, la libertad de creación y expresión artística ha sido muy poco estudiada alrededor del mundo, por ello resulta pertinente configurar este derecho, analizando su importancia, alcances y propiedades intrínsecas.

1.4.1. Necesidad de proteger la libertad de creación y expresión artística

En este apartado se plantea la interrogante más evidente:

¿Se justifica la protección jurídica a la libertad de creación y expresión artística?

Consideramos que en la coyuntura jurídica del momento, sí se requiere de una protección a esta libertad cultural, considerando su vulnerabilidad en función del escaso interés que le ha dado el pensamiento jurídico tradicional y las prácticas constantes que la afectan; por esta razón planteamos tres ideas fuerza con el fin de justificar la necesidad de tutelar la libertad de creación y expresión artística. :

a) Por tratarse de una expresión de la dignidad humana

El fundamento de los derechos y libertades de las personas, constituye la tutela de la dignidad humana; “si bien las posturas ideológicas sobre la dignidad son muy variadas, en el contexto de los derechos humanos, y desde una perspectiva doctrinal, la noción de dignidad constituye el valor de cada persona, el respeto mínimo de su condición de ser humano, lo cual impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social.”¹⁰⁰

Para resguardar la dignidad humana, en sus distintas manifestaciones, se reconoció la existencia de unas facultades elementales para todos los seres humanos, que se conocen como derechos humanos, y que construyen una especie de utopía jurídica que muchas veces puede sonar a simple retórica, y que muy poco ha ayudado a resolver los problemas de la humanidad.

Los derechos humanos sirven para tratar de alcanzar una mejor convivencia humana, de modo que luchar por los derechos humanos no debe ser simplemente una búsqueda frenética por satisfacer las apremiantes exigencias del ego, sino por el contrario debemos dotarles de una capacidad emancipatoria capaz de responder efectivamente a las

¹⁰⁰ Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona* (Madrid: Civitas, 1986), 19.

exigencias de dignidad de las personas y los pueblos, hoy en que la traición a la utopía es una realidad lacerante.

No se puede negar que los derechos humanos son parte de una reflexión del pensamiento occidental, y esa es la razón por la cual existen dificultades en su implementación en territorialidades culturalmente distintas en las que existen otras cosmovisiones, sin embargo, el discurso de los derechos humanos tiene una poderosa capacidad de engendrar esperanzas y gestar luchas contra la arbitrariedad, las injusticias y la desigualdad, y la explotación, que afectan a gran parte de la humanidad.

Desde esta lógica se puede entender que crear y expresar arte en libertad, es una cuestión intrínseca a la naturaleza de los seres humanos, y por tanto constituye una manifestación de la dignidad humana taxativa, razón por la cual ha sido reconocido como un derecho humano e incorporado en tratados e instrumentos internacionales, y del mismo modo también ha sido resguardado como derecho constitucional en algunas Constituciones del mundo, y “si bien el arte aparece al final de esta lista de derechos, debemos explicar que la práctica artística, el arte en todas sus formas, constituye parte de los derechos culturales y tiene una importancia primordial en la formación integral de toda persona y en especial de su condición de ser humano”.¹⁰¹

La libertad de crear y expresar arte es un derecho humano en situación de vulnerabilidad ante, “las pautas del mercado y la limitación de la libertad creadora que trae consigo atentan contra el derecho al consumo de productos de calidad y la búsqueda de nuevos caminos y visiones para aquellos que con su ingenio engrandecen el campo de la cultura”.¹⁰²

No debemos olvidar que la libertad de creación y expresión artística ha sido incorporada como un derecho humano en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU,¹⁰³ artículo 15 numeral 3 que señala que los Estados parte asumen

¹⁰¹ Chalena Vásquez, “El arte: Un derecho humano” (ponencia, Encuentro Nacional de Arte Diversidad Cultural y Educación), <<http://es.scribd.com/doc/22639863/El-Arte-un-Derecho-Humano-Chalena-Vasquez>>, consulta: 29 de enero de 2016.

¹⁰² Alain Valdés Sierra, “Disfrutar del verdadero arte es un derecho humano”, *Gamma* (La Habana), 9 de diciembre de 2014.

¹⁰³ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200A (XXI), de 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. Ecuador como suscriptor del mismo lo ha publicado en el *RO* No. 101 de 24 de enero de 1969 (Nota del autor).

el compromiso de respetar la indispensable libertad para la actividad creadora, como también en el artículo 19, numeral 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas,¹⁰⁴ que manifiesta que toda persona tiene derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, oralmente, por escrito o en forma impresa o artística. Ambos artículos claramente señalan que la libertad de creación y expresión artística constituye una expresión de la dignidad, que es el fundamento mismo de los derechos humanos, por la cual todas las personas tendrán el derecho a crear arte y expresarlo de manera libre, lo cual “incluye el derecho a apreciar libremente las expresiones y creaciones artísticas y contribuir a ellas con libertad, mediante la práctica individual o conjunta, a tener acceso a las artes y disfrutar de ellas y a difundir sus expresiones y creaciones”.¹⁰⁵

Posteriormente, otros instrumentos regionales consolidan este reconocimiento, y además las Constituciones nacionales incorporan este derecho de libertad a su catálogo de derechos, para garantizarlo adecuadamente, evidenciando el hecho que la creación y expresión del arte constituye una parte de la dignidad humana, que merece ser resguardada, toda vez que aunque política y jurídicamente sea vista como irrelevante, tiene un gran poder para hacer visible el proceso creativo implicado en la organización comunitaria, clarificar nuestras visiones y misiones principales, evocar la memoria para honrar el pasado y crear un futuro justo, forjar un sentido de comunidad significativo, convocar y generar acción, trascender el ego para entregarse a experiencias que son más grandes que uno mismo, dar a las culturas su propio espacio para tener su propia voz, sus propias imágenes y sus propias historias, fomentar el entendimiento intercultural e inventar nuevas culturas entre las culturas, recordarnos nuestro derecho inalienable a la belleza y la alegría, revelar la sabiduría de las tradiciones así como la inventiva de los que rompen con la tradición”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Ecuador como suscriptor del mismo lo ha publicado en el *RO* No. 101 de 24 de enero de 1969 (Nota del autor).

¹⁰⁵ Shaheed, “El derecho a la libertad”, A/HRC/23/34 14 de marzo de 2013, párrafo 85.

¹⁰⁶ Amplia información en Arnold Aprill, Elise Holliday, Fahari Jeffers, Karuto Miyamoto y otros, *¿Puede el arte cambiar el mundo? El poder transformador del arte para fomentar y mantener el cambio social: Una investigación cooperativa* de Leadership for a Changing World (Nueva York: Leadership for a Changing World Program / Research and Documentation Component / Research Center for Leadership in Action 2004), 21-2.

En consecuencia, la capacidad emancipatoria de la libre creación y expresión artística es la razón por la cual, sufre vulneraciones por confrontar con el poder y lo establecido, lo que naturalmente conlleva a afectaciones a la dignidad de sus gestores, lo que hace que se justifique su protección a nivel jurídico, por tratarse de un derecho humano frecuentemente amenazado, como lo destaca el Informe de la Relatora sobre Derechos Culturales sobre este tema: “Las expresiones y creaciones artísticas son atacadas de manera especial porque pueden transmitir mensajes concretos y expresar claramente valores simbólicos de manera vigorosa, o puede considerarse que lo hacen”.¹⁰⁷

b) Por su naturaleza ontológica

Por su naturaleza ontológica, el arte es una expresión propia de la especie humana caracterizada por su función antropológica comunicacional, la *aisthesis*¹⁰⁸ o facultad de sentir, que hace que el producto artístico sea más propicio a la percepción que a la interpretación, la capacidad de producir un diálogo con el receptor, y la invariancia vinculada a su duración en un período de tiempo.

Muchas veces la libertad de crear y expresar arte es atacada, pues las expresiones y creaciones artísticas al constituir un mecanismo insustituible para transmitir información, mensajes, o expresar ciertos valores objetivos, subjetivos o simbólicos, en algunos casos pueden resultar incómodas para ciertos intereses políticos, religiosos, culturales, morales o económicos, entronizados en el poder; porque el arte es ontológicamente insurgente, contestatario y libertario, en este sentido autores como Hakim Bey lo toman como punto de partida para inspirar profundas transformaciones sociales:

Bailes inverosímiles en cajeros automáticos nocturnos. Despliegues pirotécnicos ilegales. Land art, obras terrestres como extraños artefactos alienígenas desperdigados por los Parques Naturales. Allana moradas pero en vez de robar, deja objetos Poético-Terroristas. Secuestra a alguien y hazlo feliz. Elige a alguien al azar y convéncele de ser el heredero de una inmensa, inútil y asombrosa fortuna –digamos 5.000 hectáreas en la Antártida, o un viejo elefante de circo, o un orfanato en Bombay, o una colección de manuscritos alquímicos–. Al final terminará por darse cuenta de que por unos momentos

¹⁰⁷ Shaheed, “El derecho a la libertad”, consulta: 29 de febrero de 2016.

¹⁰⁸ *Aisthesis* es un vocablo griego que significa sensación, sentimiento, percepción, constituye una de las raíces etimológicas de la palabra estética (Nota del autor).

ha creído en algo extraordinario, y se verá quizás conducido a buscar como resultado una forma más intensa de existencia.¹⁰⁹

Aunque la cita anterior pudiera parecer demasiado provocadora, resulta amenazante la posibilidad de que el arte pueda subvertir el *statu quo*, lo que ha impulsado al poder a diseñar una sutil estrategia para enclaustrar al arte en el sótano de las cosas innecesarias, sobrantes, inútiles, por tanto, quienes se dedican a estas actividades aparecen como ilusos, extravagantes, bohemios; es decir, personas a quienes no se puede tomar en serio, porque el fondo constituyen una amenaza para el sistema.

Desnaturalizar la función emancipadora del arte es la respuesta política del poder, invisibilizar a los artistas es la estrategia para desalentar a las personas en su búsqueda de libertad, es atar a los seres humanos al sistema y consentir la creatividad en aquello que le interesa al poder, bien sea para hacer del arte mercancía o propaganda, en ambos casos la creatividad, la expresión artística y el arte fueron sometidos a un funcionalismo utilitarista que lo cosifica.

Sin embargo, hay luchas que deben hacerse para defender la condición humana y la capacidad de las personas de soñar con un mundo mejor, y por ello hay que salvaguardar el arte que “en todas sus manifestaciones constituye una característica esencial que identifica al ser humano, ha permitido transmitir la cultura en toda su extensión y ha sido y es básico para su supervivencia.”¹¹⁰

En consecuencia atentar contra la libertad de creación y expresión artística, significa violentar la propia naturaleza de la especie humana, razón por la cual el poder estatal se ve obligado muy a su pesar a brindar al menos declarativamente cierta protección a nivel jurídico.

c) Por ser una dimensión de la libertad humana

Uno de los grandes anhelos del ser humano es ser libre, ser capaz de trascender las limitaciones humanas, e ir más allá, gracias a este utópico anhelo el ser humano ha podido

¹⁰⁹ Bey Hakim, *Caos: Selección de textos*, 3a. ed. (México DF: Edic. Sin nombre, 2012), 3.

¹¹⁰ Jesús C. Guillén ¿Por qué el cerebro humano necesita el arte?, *Escuela con cerebro*, <<https://escuelaconcerebro.wordpress.com/2015/01/31/por-que-el-cerebro-humano-necesita-el-arte/>>, consulta: 17 de octubre de 2015.

lograr cosas que en un momento únicamente existían en la ficción: Julio Verne imaginó un viaje interestelar en su popular novela *De la Tierra a la luna* (1865) años más tarde este sueño se volvió realidad; H. G. Wells, escritor, novelista y filósofo británico, ya en 1914 imaginó la bomba atómica, la misma que lamentablemente fue creada con fines destructivos; Huxley anticipó la clonación en su obra *Un mundo feliz* (1932); todos estos ejemplos revelan no solo una extraña capacidad para predecir el futuro, de artistas creadores sensibles sino que revelan la infinita capacidad de imaginación humana, que solamente puede aflorar en espacios de libertad.

Restringir, limitar o coaccionar la inventiva, la imaginación y la creatividad significa cercenar los anhelos de libertad del ser humano, lo que a su vez conlleva a un proceso de desnaturalización de su esencia, hecho injustificable desde todo punto de vista. Es por ello que las sociedades siempre han buscado crear las condiciones adecuadas para fomentar la creatividad, y garantizar su ejercicio, para de este modo fortalecer una mayor libertad. Subyugar, agredir, o atropellar al creador, artista o a cualquier persona, impidiéndole crear arte y expresarlo en libertad, equivale a regresar a momentos históricos en que la intolerancia fue un azote cruel y despiadado, y la libertad fue severamente maltratada.

Por ello se torna necesario defender la libertad de creación y expresión artística, con el mismo énfasis con el que se resguarda otras dimensiones de la libertad, tales como la libertad de empresa, la libertad de reunión, la libertad de cultos, la libertad de prensa, etc. porque todas ellas son manifestaciones de la libertad que le asiste al ser humano, al menos como una utopía.

Desde una lógica de defensa de la libertad, no podría dejarse sin cobertura a la libertad cultural de crear y expresar arte, puesto que:

Para construir sociedades humanas y justas, es necesario entender cabalmente la importancia que reviste la libertad en general, y más específicamente la libertad cultural, lo que a su vez implica que es necesario asegurar y ampliar de manera constructiva las oportunidades de las personas para escoger el modo de vida que prefieran y considerar otros alternativos. Dentro de estas elecciones, las consideraciones culturales ocupan un lugar preponderante.¹¹¹

¹¹¹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre desarrollo humano 2004: libertad cultural y desarrollo humano* (Barcelona: Mundi-Prensa, 2004), 22.

La libertad de creación y expresión artística es importante porque tiene una dimensión objetiva tanto en la defensa de los derechos inherentes a la dignidad de las personas como también en el estado constitucional, a pesar que en la práctica es una libertad jurídicamente débil, por una parte por la infravaloración de los beneficios colectivos que genera una cultura artística libre y fundamentalmente por tratarse de una forma de expresión que penetra y afecta a la comunidad política, y en reiteradas ocasiones confronta con el poder.

En consecuencia se torna necesario proteger la libertad de creación y expresión artística para custodiar la libertad en general, y construir sociedades más solidarias, fraternas, justas y libertarias.

1.4.1.1. El acto artístico creativo

Cuando se habla del derecho del arte como una rama del conocimiento jurídico, se reconoce que existe un bien jurídico que es objeto de estudio y regulación jurídica, y entonces se evidencia que no solamente se trata de proteger una obra de arte como objeto material, o como una idea sujeta a derechos de autor, sino que existe un bien jurídico claramente identificable que es el *acto artístico creativo*, que no debe ser confundido con el resultado final que es la obra de arte.¹¹²

El acto artístico creativo, no puede realizarse si no existe la posibilidad real de ejercer el derecho a crear arte y expresar, exteriorizar o difundir los resultados de su trabajo, de modo que, de no existir la garantía de esta libertad cultural, tampoco podría jamás existir el bien jurídico tutelado, a menos que se trate de productos culturales fabricados por encargo, cuya trascendencia, originalidad y aporte en este caso quedaría notoriamente desvirtuada.

En consecuencia, el acto artístico creativo debe considerarse como es un bien jurídico protegido,

¹¹² Sobre este tema Gilles Deleuze hace una notable reflexión en su conferencia ¿Qué es el acto de creación? en el marco de la cátedra de los martes de la fundación FEMIS el 15 de mayo de 1987; una traducción de la misma puede leerse en la página web del Instituto de Educación, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República de Uruguay: <<http://www.fermentario.fhuce.edu.uy/index.php/fermentario/article/view/110/70>>, consulta: 19 de octubre de 2015.

Los actos artísticos suelen ser importantes en la protección contra el régimen, pues el artista suele denunciar injusticias o desnudar el ejercicio del poder, y en este sentido desenmascara fortaleciendo al individuo y debilitando al régimen. Por otro lado, en tanto el acto artístico es un camino para expresar las emociones y las pasiones, implica una protección del hombre contra sí mismo, y en tanto el “disfrute” del arte permite el desarrollo emocional del ser, también logra que los espectadores-destinatarios se fortalezcan contra su propio peligro y, en alguna medida, contra la ignorancia o la soledad.¹¹³

Creemos que la razón por la cual se justificaría dar la categoría de bien jurídico protegido al acto creativo, tiene que ver con el hecho de que existe una afinidad fundamental entre la obra de arte y el acto de resistencia, pues solo el acto de resistencia supera a la muerte, ya sea bajo la forma de obra de arte, o como una lucha de los hombres,¹¹⁴ y como no a las injusticias, al poder, al autoritarismo, a la homogenización, al sistema imperante, a la deshumanización, a las vulneraciones contra la dignidad de las personas y los pueblos, a la violencia, a la sociedad de control, etcétera.

De modo que una expresión humana de resistencia, que va a chochar contra el poder, en teoría no podría quedar desprotegida, y por ello se busca salvaguardarla, inclusive llegando a considerarla un bien jurídico protegido, que por supuesto es un concepto demasiado limitado, que sin embargo podría resultar útil en la por la defensa de los derechos y libertades culturales.

Por ello, la lectura compleja de los derechos y libertades debe considerarlos emancipatorios, propiciando la reflexión crítica, que posibilite la adecuada comprensión y fundamentación de aquellas prácticas eminentemente culturales que de levantan para preservar la dignidad humana, frente a los excesos de cualquier forma de poder.

Un segundo problema respecto a la forma de *expresión del arte*, tiene que ver con el hecho que el arte no se asemeja a otras formas de comunicación, sino que es totalmente distinta:

¹¹³ Ezequiel Valicenti, “Proyecciones de la creatividad y el acto artístico en el mundo jurídico. reflexiones desde el derecho del arte”, *Investigación y docencia*, (2014) (Rosario: Fundación para las iinvestigaciones jurídicas): 116.

¹¹⁴ Deleuze, “¿Qué es el acto de creación?”.

El arte no comunica ni informa, se escapa de las lógicas anatomopolíticas de las sociedades de control, creando. Por ello mismo supone una disfunción, una molestia, una incomodidad, un escape al paradigma de la información que en tanto informa ordena, impone, acomoda. El arte puede infiltrarse en la lógica de la información que circunscribe el espacio de aparición de los cuerpos mostrando una aparente ubicuidad de estos, una aparente libertad y fluidez mientras que en realidad los mismos se encuentran rígidamente maniatados. Puede penetrar y corroer la lógica por la cual los individuos se convierten en individuos y las masas en bancos de datos que se compran y venden. El arte crea afectos y preceptos y huye del orden, da lugar a vacuolas de no comunicación, a-informáticas que desarmonizan y desquician la circulación de las palabras de orden.¹¹⁵

Esto quiere decir que el arte es una realidad inconveniente para el poder, para las organizaciones sociales opresoras, que finalmente lo que pretenden es controlar la libertad y hacerla funcional a los modelos represivos. El arte es insurgente y rebelde a menos que se acomode al autoritarismo y ceda a la imposición, lo que significa hacer una parodia inaceptable.

La libre expresión artística no pudiendo ser asimilada a otras formas convencionales de comunicación debe ser protegida desde una perspectiva distinta, cuidando que su potencial libertario, no sea afectado, y que su capacidad de ejercer la resistencia no sea limitada, y allí radica justamente la mayor dificultad para el derecho.

En efecto, los estatutos discursivos, los órdenes de asociaciones significantes de las sociedades de control, generan maneras de hacer visible, aprehensible y comprensible la experiencia, dan lugar a órdenes sensibles que suponen modelos de codificación de la sensibilidad del sujeto reduciendo la potencia de la realidad, de la intensidad, de la experiencia y del devenir. Ellos producen subjetividades y modos de vida obedientes al control que sostienen el orden de lo homogéneo, de la repetición, de la semejanza.

El arte, en cambio, hace circular la realidad de otro modo, como potencia, entendida como la fuerza desestabilizadora contenida en los acontecimientos. El arte produce variaciones en el orden de lo sensible, crea nuevas formas de experiencia, agencia intensidades, genera velocidades, remolinos y torbellinos que desmontan el sentido imperante y por ello mismo dan lugar a otros flujos vitales, a nuevas líneas de vida. Estas líneas de vida son trazos irreverentes hacia lo sin-sentido, lo sin-significado, lo indeterminado para la lógica del sentido vigente. El arte tracciona y arrastra hacia el terreno de lo caótico, lo heterogéneo, lo paradójico.¹¹⁶

¹¹⁵ Marilé Di Filippo, “Arte y resistencia política en (y a) las sociedades de control. Una fuga a través de Deleuze”, *Aisthesis*, No. 51 (2012) (Santiago: Instituto de Estética-Pontificia Universidad Católica de Chile): 53-4.

¹¹⁶ *Ibíd.*, 48.

Lo cual nos conduce a reflexionar sobre una cuestión de capital importancia y que tiene que ver con el hecho que arte dinamiza el orden simbólico, mientras que el derecho se levanta como una barrera simbólica, toda vez que mientras el arte significa emancipación el derecho expresa el poder. La lógica institucional del Estado, la tradición, la fría razón y el re-afirmamiento del pacto simbólico y práctico de dominación.

Por consiguiente, el discurso jurídico no alcanza a explicar desde sus lógicas la complejidad de la creación y la expresión artística, pero entiende que es una dimensión de la dignidad humana, y por tanto un valor que amerita ser tutelado frente a las violentas embestidas del poder y sus aspiraciones por controlarlos todo, y entonces surge un contrasentido, pues siendo el derecho una herramienta para regular, controlar, y regir la convivencia social, frente a una expresión humana tan compleja, subjetiva e inclasificable como la creación y expresión artística no encuentra el equilibrio entre lo que debe permitir y lo que debe contener, y en el laboratorio de la realidad, el arte es tan inestable y cambiante que siempre rebaza a las pretensiones opresoras de lo jurídico.

Por tanto, considerar al acto de creación un bien jurídico tutelado, es una premisa que si bien puede resultar de utilidad para justificar la protección de la libertad de creación y expresión artística en la esfera de lo jurídico, finalmente, en su aplicación práctica va a revelar un sinnúmero de tensiones por el carácter controlador del derecho frente a la naturaleza emancipadora del arte.

1.4.2 Objeto y contenido de la libertad de creación y expresión artística

En términos generales el objeto del derecho se refiere a lo que este protege, mientras que el contenido del derecho tiene que ver en el como dicho derecho protege ese contenido, “Una diferenciación similar ha sido objeto de debate en Alemania, el objeto del derecho se define aquí como ámbito material y vital del derecho (*sach-und lebensbereich*); el contenido del derecho es el contenido de garantía (*Gewährleistungsgeball*)”.¹¹⁷ En consecuencia, si hablamos de objeto nos referimos al ámbito material, empero cuando se trata del contenido del derecho habrá que aludir al contenido de garantía.

¹¹⁷ Jorge González Auriolos, “Objeto y contenido de los derechos fundamentales: Presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática”, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/18/pr/pr13.pdf>>, consulta: 1 de marzo de 2016.

Por consiguiente:

En la medida que los derechos fundamentales o derechos constitucionales vienen recogidos en normas constitucionales generales, abiertas y algunas veces indeterminadas, una definición acertada de su contenido dependerá de una adecuada actividad interpretativa. Esta actividad interpretativa de la norma constitucional, que no es exactamente la misma que la actividad interpretativa de la norma legal viene influida entre otros elementos por los siguientes dos factores: primero, el fundamento que se le atribuya a los derechos del hombre, pues son distintas las consecuencias que se obtienen de interpretar un derecho según una perspectiva positivista, que desde una perspectiva iusnaturalista; y segundo, la formulación de la norma constitucional en la que haya sido reconocido el derecho, formulación que es el punto de partida para la determinación de lo constitucionalmente permitido por un derecho.¹¹⁸

En consecuencia el contenido es una expresión de la esencia o naturaleza jurídica del derecho y se refiere al núcleo radical jurídicamente protegido por el mismo, en función del ámbito al que alude, obviamente al momento de su positivización en forma de norma constitucional, lo que se está haciendo es reconociendo una cualidad preexistente que deriva de la dignidad humana. Este reconocimiento normativo requiere de un modo de hacer que su tutela sea eficaz a través del contenido que se le dará al derecho en una Constitución.

Siguiendo este orden de ideas, analicemos lo relacionado con el derecho de libertad, que es materia de interés del presente trabajo.

La libertad de creación y expresión artística es una formulación más específica del *derecho a la libertad artística*, que se refiere en términos generales a aquel derecho que tutela de manera integral la totalidad del proceso de formación del arte desde su concepción y exteriorización y difusión pública. En este proceso se identifican dos momentos: el acto artístico creativo que da como resultado un producto estético y la exteriorización y difusión pública de la expresión artística.

La interacción dinámica entre crear y expresar hace posible la libertad artística, cuestión que a su vez permite establecer de manera nítida que la protección del derecho está orientada a garantizar plenamente la creación y expresión del arte en condiciones de libertad, por consiguiente, se requiere del Estado y otros poderes fácticos, no solamente

¹¹⁸ Luis Córdova Castillo, “El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo”, en José E. Palomino Manchego, edit. *El derecho procesal constitucional peruano: Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde* (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005).

de abstención para no obstaculizar el derecho, sino además de tolerancia y acciones de carácter positivo que permitan la realización plena del mismo, porque la relevancia de esta libertad cultural es distinta y atípica, en función del componente creatividad,

¿Qué es la creatividad sino otro modo de nombrar al Espíritu? Si, como decía Whitehead, –la creatividad es un fundamento último algo con lo que se debe contar antes de poder tener cualquier otra cosa–, ¿qué es el “último sustrato metafísico” sino el Espíritu? Y por Espíritu también entiendo al término budista “Vacuidad”, del que también vamos a hablar. Pero el Espíritu, o la Vacuidad, dan lugar a la forma, de ella emanan las nuevas formas y los nuevos holones.¹¹⁹

La ciencia está de acuerdo en que la autotrascendencia está entretejida en la misma urdimbre del universo. ¿De qué otro modo podríamos denominar a esa creatividad autotrascendente sino espíritu, vacuidad, creatividad, holones?

Todo lo cual conduce a entender cómo la creación artística se presenta como algo mucho más difícil de definir, algo que a los sujetos como seres sentipensantes les sirve como una vía de renovación para expresar su universo interior, y por medio de la cual logra reconectarse con esa parte esencial que existe en todo individuo, que permite sentir y percibir las diferentes dimensiones del ser en lo físico, emocional, mental y espiritual; por ello a veces se afirma que:

La creación artística es un acto sobrenatural en una esfera espiritual que se sustrae a toda observación. Tan imposible nos resulta explicar el elemento prístino de la fuerza creadora, como en el fondo nos es imposible decir qué es la electricidad o la fuerza de gravitación o la energía magnética. Todo cuanto podemos hacer se reduce a comprobar ciertas leyes y formas en que se manifiesta aquella ignota fuerza elemental. Por eso no quiero despertar en ustedes esperanzas demasiado grandes.

Prefiero decirles desde el comienzo: Toda nuestra fantasía y toda nuestra lógica no pueden facilitarnos sino una idea insuficiente del origen de una obra de arte. No nos es dado descifrar este, el misterio más luminoso de la humanidad; acaso no podamos más que comprobar su sombra terrenal. No estamos en condiciones de participar del acto creador artístico; solo podemos tratar de reconstruirlo, exactamente como nuestros hombres de ciencia tratan de reconstruir, al cabo de miles y miles de años, unos mundos desaparecidos y unos astros apagados.¹²⁰

¹¹⁹ Ken Wilber, *Breve historia de todas las cosas* (Barcelona: Kairos, 1996), 48.

¹²⁰ Stefan Zweig, *El misterio de la creación artística* (Barcelona: Sequitur, 2007), 17.

La cita anterior evidencia la subjetividad del objeto de protección de este derecho, que permite el resguardo jurídico no solamente de la obra artística que es la exteriorización de la creación como general y limitadamente lo hace el régimen de propiedad intelectual, sino que la protección inicia tutelando el propio acto creativo.

Resulta oportuno señalar que el arte no solo se encuentra en el propio ejercicio del quehacer artístico, sino ante y por sobre todo expresa el nexo íntimo con la vida, la cual aspira coexistir en armonía con nuestra realidad, con los sentidos, con las distintas cosmovisiones de la vida, y con las experiencias espirituales, ofreciendo la posibilidad de encaminar al sujeto hacia el crecimiento integral y a la integración de las diferentes capacidades, talentos y posibilidades.

Doctrinariamente existe un acuerdo más o menos generalizado respecto a que la libertad de expresión también ha tutelado a la creación y expresión artística, y generalmente se considera que la llegaría a contener, pues la experiencia histórica demuestra que los mayores conflictos y amenazas contra la libertad de creación y expresión artística, han sido resultado no de la obra en sí misma, sino más bien por las opiniones y expresiones políticas, filosóficas, sociales, religiosas, etc. de sus autores, criterio que ha sido reforzado desde la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tal es el caso de la sentencia en el caso *Olmedo Bustos y Otros versus Chile*, más conocido como el caso “La última tentación de Cristo”:

Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.¹²¹

A pesar de tratarse de una obra cinematográfica y de una evidente vulneración ante todo de la libertad de expresión artística, la sentencia de la Corte IDH se enfoca

¹²¹ Caso *Olmedo Bustos y otros contra Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) párrafo 65, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf>, consulta: 8 de enero de 2012.

principalmente en la libertad de expresión general y no específicamente en el carácter artístico de la película, sin embargo, sin duda se configura como que es el primer caso en que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se pronunció sobre una libertad de tipo cultural.

Al momento de resolver conflictos que eventualmente puedan presentarse, veremos cómo opera la perspectiva desde la cual se pretende garantizar el derecho, y generalmente se lo hace como ya planteamos anteriormente desde el restrictivo enfoque de la libertad de expresión en general, que finalmente resultará insuficiente al dejar de considerar y de abordar cuestiones relativas a ciertas tensiones tales como las relaciones del arte con los derechos, la ética, la colectividad e inclusive con ciertas convenciones artísticas, de modo que al pretender traducir tales controversias al mundo de lo jurídico, el derecho se da cuenta que no está en capacidad de resolver satisfactoriamente este tipo de disputas, y se le dificulta encontrar soluciones adecuadas, de modo que la garantía de un derecho o libertad cultural, no signifique el sacrificio de otro u otros.

En la práctica la efectividad y eficiencia de las garantías a esta libertad cultural, están directamente vinculadas a la cuestión política del control de la misma, presentando situaciones complejas, pues la cesura indirecta, o la falta de justiciabilidad no siempre son los principales problemas que deben enfrentarse, como generalmente se cree, por el contrario en el día a día hay un sinnúmero de cuestiones problemáticas, como por ejemplo la discrecionalidad y las presiones hacia los creadores y artistas por parte de quienes administran los recursos, que finalmente por ocupar una situación de decisión generalmente burocrática asumen arbitrariamente la potestad de regular la creación y la expresión artística; realidad que se vuelve mucho más difícil, por la falta de un debate abierto que revele finalmente la intolerancia social contra el arte, por falta de comprensión de su función política de crítica y de resistencia, por ello; “Toda persona goza del derecho a la libertad de expresión y creación artísticas, que incluye el derecho a apreciar libremente las expresiones y creaciones artísticas y contribuir a ellas con libertad, mediante la práctica individual o conjunta, a tener acceso a las artes y disfrutar de ellas y a difundir sus expresiones y creaciones.”¹²²

¹²² Farida Shaheed, “El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas”, <<http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>(recurso), consulta: el 27 de octubre de 2015.

En consecuencia, el contenido del derecho posibilitará el pleno ejercicio de la creación y expresión del arte en libertad, potenciando condiciones adecuadas para su ejercicio a través de políticas públicas, una legislación que verdaderamente favorezca y estimule las libertades culturales, participación social efectiva, y una verdadera justiciabilidad de este derecho cultural en el plano jurisdiccional que debería estar siempre respaldado por los principios *pro homine*, *pro libertatis*, y *Ars gratia artis*.¹²³

el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite por medio de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además, hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse.¹²⁴

Lo que significa que el objetivo primordial de la tutela de la libertad de creación y expresión artística no es la obra de arte o el producto final, sino todo el proceso creativo, el cual constituye sin lugar a dudas una extensión del creador y, por tanto, de su dignidad intrínseca, además la proyección hacia el exterior sin impedimentos permite el ejercicio conveniente de esta libertad cultural.

Por lo tanto:

¹²³ *Ars gratia artis*, es un principio de la estética idealista, filosóficamente considerado el fundamento de la libertad artística, y paralela a la libertad de expresión definida como una de las libertades proclamadas por la Revolución liberal. Se refiere también al valor artístico que hace de la obra una expresión distinta de un objeto puramente utilitario, al arte independiente, al estilo de vida artístico, y bien podría ser un criterio importante para ser tomado en cuenta en cuestiones jurídicas, para darle autonomía a este derecho cultural de libertad (Nota del autor).

¹²⁴ Tribunal Constitucional Español, Sala Segunda. Sentencia 51/2008, 14 de abril de 2008. Recurso de amparo 5351-2004. Promovido por doña Annie Arraud Milbeau respecto a la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, en grado de casación, desestimó su demanda contra don Manuel Vicent Recatalá y editorial Santillana por un pasaje del libro *Jardín de Villa Valeria*. Supuesta vulneración del derecho al honor: fragmento de una novela, ejercicio del derecho de creación literaria, que identifica a una persona fallecida sin emplear frases vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas.

La garantía de la libertad artística incluye por igual tanto el “ámbito de la obra” (Werkbereich) como el “ámbito de actuación” o de influencia (Wirkbereich) de la creación artística. Ambos constituyen una unidad indisoluble. No solo la actividad artística (ámbito de la obra), sino también, además, la presentación y difusión del trabajo artístico (ámbito de influencia) son materialmente necesarios para el encuentro con la obra como un proceso, en todo caso, específicamente artístico; principalmente es en este “ámbito de influencia” –mediante el cual se logra que el público tenga acceso al trabajo artístico–.¹²⁵

En este mismo orden de ideas resulta oportuno destacar estas dos categorías importantes, consideradas indisolubles con fines de protección, ya que son el ámbito de la obra y el ámbito de actuación o influencia, en el primer caso nos referimos a la propia acción creadora, un aspecto definitivamente subjetivo, toda vez que constituye una inexplicable búsqueda de la eurítmica, la conjunción la multiplicidad heurística, la razón y el sentimiento, lo experimentado y lo intuido, todo lo cual pone lo pone en contacto al creador desde lo recóndito de su ser con multiversos insólitos, hallados en el acto mismo de la creación. En el caso de actuación o influencia no solo nos interesa la presentación y difusión del resultado del acto creativo, sino el hecho que la libre expresión del arte es ante todo un ejercicio de libertad intelectual, de crítica de las ideas arraigadas y de las creencias mayoritarias o minoritarias,¹²⁶ posturas provocadoras, y el ejercicio de lo que el escritor Mario Vargas Llosa ha definido como el derecho a la irreverencia.¹²⁷ La expresión del arte tiene una connotación política, tal y como lo destaca David Munkittrich, cuando señala a la música como una manifestación de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, considerando que a más de apuntalar la propia individualidad, su expresión musical también logra promover la comunidad, intercala solidaridades, todo lo cual revela evidencias clarísimas que revelan como puede erigirse en el elemento conductor y a su vez comunicativo de una cultura.¹²⁸

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ Sobre este tema resulta interesante revisar el fallo de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de 28 de diciembre de 2004, revocando la clausura a la muestra León Ferrari, Retrospectiva Obras 1954-2004 realizado en el Centro Cultural Recoleta, Buenos Aires. Expte. “Asociación Cristo Sacerdote c/ GCBA”, sentencia de fecha 28 de diciembre de 2004 (Nota del Autor).

¹²⁷ La idea del derecho a la irreverencia pertenece al escritor Mario Vargas Llosa y apareció por primera vez en un artículo publicado en la sección de opinión de la edición impresa del *Diario El País* de España, del domingo 12 de febrero de 2006 (Nota del autor).

¹²⁸ Amplia información en David Munkittrich, “Music as Speech. A First Amendment Category unto itself?”, *Federal Communication Law Journal* 62 (2010).

Por tanto, la protección de la libertad de creación y expresión artística, requiere resguardar en primer lugar todo el proceso de creación, acto creativo, luego el producto o resultado y su exteriorización o difusión, pero como fases de un mismo fenómeno, razón por la cual la protección recae sobre la creatividad, la obra y el espacio de influencia de la misma, de modo que una tutela parcial de una de las facetas, conducirán a la indefensión total, pues libertad de creación y expresión constituyen una sustantividad indivisa.

1.4.2.1. El bien jurídico tutelado en la libertad de creación y expresión artística

Una cuestión indispensable para determinar la autonomía de la libertad de creación y expresión artística, sin lugar a dudas constituye la clara identificación del bien jurídico tutelado.

Cuando nos referimos a la libertad de expresión en general, es posible establecer en forma precisa que es lo que efectivamente protege este derecho de libertad, en el sentido que:

101.1) Respecto del alcance del Derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión y su rol dentro de una Sociedad democrática que:

Dicho artículo 13 engloba dos dimensiones: la individual, que se realiza a través del derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho a recibirlas, y la social, como medio de intercambio de ideas e información para la comunicación masiva entre los seres humanos. Ambas deben garantizarse simultáneamente.¹²⁹

Esta postura que es reiterada en varias ocasiones por la Corte IDH¹³⁰ nos señala, por un lado, que lo que se está protegiendo es el manifestar pensamientos e ideas en forma de información y, por el otro, a participar en la dinámica del intercambio de dicha información.

En consecuencia, lo esencial en este derecho es proteger todas las formas de comunicación entre seres humanos.

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante), caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia, 2 de julio de 2004 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

¹³⁰ Ver Caso Ivcher Bronstein, sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafo. 146; y La Colegiación Obligatoria de Periodistas (art. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5, párrafo. 30.

A diferencia de lo señalado anteriormente cuando nos referimos a la libertad de creación y expresión artística, nos encontramos con un derecho de libertad de distinta naturaleza del anterior, pues se realiza en dos momentos que giran alrededor de un fenómeno central que es *el proceso que da lugar al acto creativo*, que “se cumple con el principio de la doble génesis: lo creado nace primero en nuestra cabeza y luego, a través de algún proceso mediador, aflora en la realidad”.¹³¹

Esto quiere decir que primero se crea para luego expresar, de modo que el resultado de lo que el ser humano imagina, inventa y concibe, es el acto creativo que se materializa en una manifestación artística, y justamente es esta la que se puede expresar; asimismo no puede expresarse lo que jamás fue creado, y por tanto no puede existir libertad de creación y expresión artística que no se cumpla bajo esta lógica, que es la que permite compaginar en forma dinámica la creación y la expresión del arte.

Primero se imagina, concibe y se crea algo, que además tiene una peculiaridad estética, y es aquello lo que se exterioriza, de modo que el resultado siendo arte apunta más allá de la simple comunicación y se enfoca en la percepción, y la actitud emocional, sensitiva y apreciativa, que inclusive puede estar por encima del nivel de comprensión.

No es posible que dentro de la comunicación pueda incorporarse el acto creativo, y la libertad para engendrar arte y revelarlo, la naturaleza y contenidos de la libertad de expresión general y la libertad de expresión artística son distintos; por la misma razón mientras en el primer caso la protección recae sobre la comunicación de pensamientos ideas e informaciones, en el segundo la tutela recae sobre la libertad para ejercer el acto creativo, presentarlo y difundirlo.

Al respecto la sentencia del caso Mephisto manifiesta:

El arte tiene un carácter autónomo y obedece a leyes propias, y se encuentra protegido sin reserva alguna por el artículo 5, párrafo 3, de la Ley Fundamental. Los intentos de restringir la libertad artística –ya sea mediante una interpretación restrictiva del concepto de arte, o bien mediante una interpretación amplia de las restricciones contempladas para otras disposiciones constitucionales o aplicándolas por analogía a la

¹³¹ Eulalio Ferrer, “El proceso creativo”, <http://segmento.itam.mx/Administrador/Uploader/material/El%20Proceso%20Creativo.PDF>, consulta: 2 de junio de 2015.

libertad artística– deben ser excluidas, atendiendo a la redacción clara del art. 5, párrafo 3, frase 1, de la Ley Fundamental.¹³²

Los argumentos del Tribunal Constitucional Federal Alemán, son determinantes: en primer lugar el arte tiene un carácter autónomo y obedece a leyes propias; en segundo lugar todo intento de restringir el concepto de arte debe ser excluido, y en tercer lugar debe excluirse cualquier intento de hacer extensivas restricciones a la libertad de creación y expresión artística mediante la artificiosa aplicación de ciertas analogías contempladas por otras disposiciones.

En otras palabras la autonomía de la libertad cultural, radica justamente en el carácter artístico-creativo, lo que la hace notoriamente distinta a la libertad de expresión general; además mientras la libertad de expresión no es un derecho cultural, la libertad de creación y expresión artística sí lo es, evidenciando una vez más su disimilitud, puesto que como lo señala el Magistrado don Francisco Rubio Llorente, en Voto particular que a la sentencia dictada en el conflicto positivo de competencia num. 447/1982:

A mi juicio, ni la libertad de producción y creación literaria, artística, etc. es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho autónomo, ni la protección de la juventud y de la infancia es una función reservada en exclusividad al Estado, pues todos los poderes públicos –y las Comunidades Autónomas sin duda lo son– están sujetos a la Constitución (art. 9.1 de la CRE), ni sobre todo, y esto es lo decisivo, hay en el decreto impugnado limitación alguna de ningún derecho fundamental.¹³³

El razonamiento de la autonomía de la libertad de creación y expresión artística, sin lugar a dudas es la cuestión más importante de la cita anterior pues, poco a poco, vemos como la jurisprudencia rompe con la idea de que se trata de una derivación de la libertad de creación y expresión artística general, equívoco que conduce a no solamente desnaturalizar esta libertad cultural, sino que además genera mayor vulnerabilidad e indefensión a los titulares de la misma.

¹³² Tribunal Constitucional Federal Alemán, caso Mephisto, sentencia BVerfGE 30, 173, párrafo 4.

¹³³ Tribunal Constitucional español, sentencia 153/1985, 7 de noviembre de 1985. Conflicto positivo de competencia 447/1982. Voto particular del magistrado don Francisco Rubio Llorente.

1.4.2.2. *La libertad como aspecto esencial de la actividad artística*

Tras la breve reflexión sobre el objeto y contenido de la libertad de creación y expresión artística, resulta oportuno enfatizar en la libertad, como componente esencial para el quehacer artístico y el ejercicio del derecho cultural objeto del presente estudio. En la sentencia del caso Mephisto,¹³⁴ se destaca lo siguiente:

Lo esencial de la actividad artística es la libre estructuración de la creatividad, que se da intuitivamente en las impresiones, experiencias y vivencias del artista, mediante el empleo de una determinada forma de lenguaje. Todas las actividades artísticas son una mezcla de procesos conscientes e inconscientes que no se pueden separar racionalmente. En el caso de las creaciones artísticas actúan conjuntamente la intuición, la fantasía y los conocimientos artísticos; no se trata de un mero “hacer partícipe” sino, ante todo, de una “expresión” (ciertamente, la expresión más directa) de la personalidad individual del artista.¹³⁵

Nótese el lenguaje que se utiliza en ese fallo, se habla ya no solamente de la libre manifestación del resultado del acto creativo, sino de la libre estructuración de la creatividad, se reconoce la pluralidad de procesos involucrados en la creación artística y se admite expresamente que el ejercicio del arte y la expresión de la obra artística constituyen una expresión directa de la personalidad individual del artífice de la creación.

Evidentemente, será la libertad aquel elemento intrínseco y primario que singulariza y modela a la libertad de creación y expresión artística, y como acertadamente lo señala el Tribunal Constitucional Federal Alemán, es el ejercicio del crear y expresar arte en forma libre, lo que permite que el ejercicio de dicha libertad sea una manifestación del ideal y la identidad peculiar e inalienable del creador; concomitantemente sin la posibilidad de una libre estructuración de la creatividad, sería imposible que el arte pueda realizarse adecuadamente.

1.4.2.3. *Vinculación entre libertad de creación y expresión artística y la sociedad democrática*

La libertad de creación y expresión artística, por su carácter reivindicativo, crítico, libertario y su capacidad de resistencia, tiene una proyección mayor, pues constituye uno

¹³⁴ Tribunal Constitucional Federal Alemán, caso Mephisto, sentencia BVerfGE 30, 17.3.

¹³⁵ *Ibíd.*

de aquellos aspectos que permiten la construcción de una sociedad democrática, puesto que: “Los que crean, interpretan, propagan o exponen una obra de arte contribuyen al intercambio de ideas y de opiniones indispensable en una sociedad democrática. De donde se deduce la obligación que tiene el Estado de no invadir indebidamente su libertad de expresión”.¹³⁶

Una sociedad democrática, no solamente debe tolerar la libertad artística sino que debe fomentarla, toda vez que el arte, nos muestra la posibilidad de una existencia distinta “de vivirla esencialmente según la esencia de la poesía, como una metáfora: como un espíritu que conoce la naturaleza simbólica del mundo y se libera así de la servidumbre respecto de lo meramente fáctico y efímero”.¹³⁷

El artista con su en ejercicio libre de su trabajo creativo, tiene mucho que aportar a la sociedad democrática,¹³⁸ inclusive sobre los postulados de los cientistas sociales, toda vez que sin lugar a dudas tienen una ventaja que hace que:

una y otra vez sea el artista el primero en percibir, sentir, aprehender, articular y mostrar (haciendo visible e inteligible) lo nuevo, lo que está por nacer, las formas emergentes del *Liebenswelt*, y solo en un segundo momento, y gracias al trabajo previo de los artistas, “los estudiosos de la vida social” las perciben, mastican y digieren. Esa ventaja es la libertad, o mejor dicho, una libertad de experimentar, de arriesgarse y equivocarse muy superior a la que suele darse entre los muros de la academia tras los que viven y trabajan los sociólogos. A diferencia de los académicos, los artistas no están condicionados por las estadísticas oficiales y las opiniones mayoritarias, ni están atrapados por la angosta jaula de una disciplina con denominación controlada.¹³⁹

Y así podemos entender como la libertad en el arte permite al artista reinterpretar al mundo desde su iniciativa, y sin ataduras de ninguna especie, a diferencia por ejemplo del quehacer académico que requiere del cumplimiento de ciertos estándares sobre la

¹³⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso Muller vs. Suiza, sentencia No. 1988\8, 24 de mayo de 1988.

¹³⁷ Héctor Murena, *La metáfora y lo sagrado* (México DF: Universidad Autónoma Metropolitana, unidad Azcapotzalco, 1995), 36.

¹³⁸ Sobre el tema se puede ampliar en Félix Ovejero de Lucas, *El compromiso del creador. Ética de la estética* (Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2014).

¹³⁹ Zygmunt Bauman, *Arte, ¿Líquido?* (Madrid: Edic. Sequitur, 2007), 96.

producción y la aplicación del saber científico, lo cual nos permite humanizarnos, porque finalmente: “El arte te abre la jaula para mostrarte la belleza”.¹⁴⁰

1.4.2.4. Principio de no relativización de la libertad de creación y expresión artística

La jurisprudencia europea plantea la prohibición de relativizar la libertad de creación y expresión artística, para que su interpretación se haga desde los principios y valores más elevados, aspecto que sin lugar a dudas constituye un principio de trascendental importancia, puesto que:

Como la libertad artística no contempla ninguna reserva para el legislador ordinario, no puede ser relativizada mediante el ordenamiento legal general ni a través de una cláusula indeterminada, que sin un punto de partida constitucional y sin la suficiente seguridad que provee el Estado de derecho, pone en peligro los bienes necesarios para la estabilidad de la comunidad estatal. Más bien, los conflictos que se den en el marco de la garantía de la libertad artística deben resolverse por medio de la interpretación constitucional, con base en el orden de valores de la Ley Fundamental y atendiendo a la unidad de ese sistema de valores básico.¹⁴¹

El párrafo citado anteriormente destaca varios elementos que merecen ser considerados:

En primer lugar, la legislación infracosntitucional no puede desdeñar el derecho a la libertad de creación y expresión artística, por tanto el legislador ordinario no puede atribuirse competencia para acotar, delimitar y peor aún menguar este derecho de libertad.

En segundo lugar, se debe considerar que toda afectación a la libertad de creación y expresión artística pone en peligro el equilibrio de la convivencia social.

Y finalmente, la forma correcta de tratar los conflictos en la esfera de la libertad de creación y expresión artística es a través de la interpretación constitucional, “la doctrina de la Corte Suprema de los EUA, dice: La Constitución no es un pacto suicida sino, por el contrario un pacto que hace posible la convivencia social y, por ello, la

¹⁴⁰ Esa frase fue pronunciada por Alejandro Jodorowsky en una entrevista realizada por Víctor Núñez Jaime, y publicada en el diario *El País* de España, el 28 de octubre de 2015 (Nota del autor).

¹⁴¹ *Ibíd.*

interpretación constitucional para mantener vigencia y utilidad social debe permitir la Supervivencia y la prosperidad de la sociedad.¹⁴²

En nuestro criterio este es uno de los temas centrales para la configuración de la libertad de creación y expresión artística, toda vez que permitir la relativización de la libertad de creación y expresión artística, conduce a su conculcación desde la lógica que considera que se la libertad de creación y expresión artística es una libertad débil o en proceso de desarrollo y, por tanto, pudiera ser tutelada en algún caso concreto desde la perspectiva de la libertad de expresión en general, aunque en la generalidad de casos es relegada en los sótanos de la *Realpolitik* o política de la realidad, en donde los derechos y las libertades culturales siguen siendo una categoría subdesarrollada de los derechos humanos.¹⁴³

1.4.3. Titulares obligados de la libertad de creación y expresión artística

Cuando se habla de titulares de derechos se hace referencia a los portadores de derechos u obligaciones, dependiendo de la situación relacional en la que se encuentren; se ha venido sosteniendo que los únicos titulares de derechos eran los seres humanos, sin embargo el constitucionalismo ecuatoriano introdujo en su texto constitucional un avance sin precedentes al reconocer que la naturaleza también es titular de derechos. Además, poco a poco, se está avanzando al reconocimiento de los animales como sujetos de derechos.¹⁴⁴

En la esfera de la libertad de creación y expresión artística, los sujetos de la relación jurídica, son los mismos que se identifican en el mundo entero para el ámbito de todos los derechos humanos, y son:

En primer lugar, La persona como individuo de la especie humana, capaz de crear y expresarse a través del arte, razón por la cual la propia Declaración Universal de los

¹⁴² Fernando Pachano, “Apuntes sobre la interpretación constitucional”, <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/Apuntes_sobre_la_interpretacion_constitucional.pdf>, consulta: 3 de marzo de 2016.

¹⁴³ Ver Patricio Meyer-Bisch, “Les droits culturels: une catégorie sous-développée de l’homme; conclusions”, Patricio Meyer-Bisch, edit., *Les Droits culturels: une catégorie sous-développée de l’homme Actes du VIIIème Colloque interdisciplinaire sur les droits de l’homme*, 280-90 (Friburgo: Universitaires Fribourg Suisse, 1993).

¹⁴⁴ Sobre derechos de los animales se recomienda la lectura de los trabajos de Tom Regan, en *especial, The Case for Animal Rights* (California: University of California Press, 2004), y *Defending Animal Rights* Chicago: University of Illinois Press, 2001).

Derechos Humanos¹⁴⁵ en su artículo 27, numeral 1, señala que toda persona tiene derecho a tomar libremente parte en la vida cultural de la comunidad, y a gozar de las artes.

Del mismo modo, los grupos de personas dedicados a actividades artísticas, y más específicamente a los grupos y colectivos de creación artística, que son capaces de producir obras colectivas que funden el aporte de varias individualidades.

Y evidentemente, los pueblos como creadores y beneficiarios del patrimonio tangible e intangible, el cual es a su vez una parte del patrimonio cultural, concepto que se viene manejando desde la doctrina; a partir del 4 de julio de 1976, en que se aprueba la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos o también conocida como la Carta Argel.¹⁴⁶

En esta parte resulta oportuno en esta parte destacar que:

Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.¹⁴⁷

Frente a los titulares de derechos, hay que destacar la existencia de unos sujetos pasivos que tienen una obligación inexcusable frente a esa libertad cultural, y que son quienes están obligados a garantizar el pleno ejercicio del derecho a la libertad de creación y expresión artística. Estos son:

¹⁴⁵ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución No. 217 A (iii) de 10 de diciembre de 1948 (Nota del autor).

¹⁴⁶ La Carta de Argel fue suscrita por un sinnúmero de personalidades de la política y de la cultura de todo el mundo, la Carta manifiesta que la “convicción que el respeto efectivo de los derechos del hombre implica el respeto de los derechos de los pueblos”. Esta constituida por treinta artículos que explican y codifican varios derechos tales como derecho a la identidad nacional y cultural; derecho a la autodeterminación política y económica; derecho a la cultura, al medioambiente, a los recursos comunes; derecho de las minorías; y las garantías a estos derechos (Nota del Autor).

¹⁴⁷ UNESCO, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, ONU para la educación y la cultura, <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00006>>, consulta: 10 de mayo de 2015.

El Estado, que tiene obligaciones vinculadas con la realización, garantías de ejercicio, promoción y tutela de la libertad de creación y expresión artística, que constituye un derecho humano.

Siendo los derechos y libertades culturales derechos humanos, su vulneración genera responsabilidad internacional a los Estados, puesto que cuando estos suscriben y ratifican tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, adquieren obligaciones, que los comprometen a salvaguardar y tutelar la dignidad humana, razón por la cual sostenemos que al hablar de derechos humanos, estamos hablando de un derecho de mínimos, es decir de aquellas condiciones esenciales, básicas, y primarias, que un ser humano merece.

En el ámbito interno de los Estados, cuando ocurra una vulneración a la libertad de creación y expresión artística o cuando esta ha sido incorporada al catálogo de derechos constitucionales, existirá en el Estado la obligación de reparar integralmente las consecuencias de dicha vulneración, toda vez que:

[...] más allá de la forma tradicional en la que se entendía a la remediación de los daños ocasionados por la vulneración de derechos constitucionales, es así, que bajo esta figura, se busca alcanzar una reparación de orden material e inmaterial. Este concepto, es considerado incluso como un verdadero derecho constitucional, acorde a lo manifestado previamente por esta Corte en la sentencia No. 004-13-SAN-CC5, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte IDH que tiene como fundamento el artículo 63, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁴⁸

La Corte IDH, tomando en consideración la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio,¹⁴⁹ afirmó: “Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.¹⁵⁰ De modo que estos instrumentos internacionales imponen

¹⁴⁸ Corte Constitucional del Ecuador, caso No. 1758-11-EP, sentencia No. 135-14-SEP-CC de 17 de septiembre de 2014.

¹⁴⁹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951. Constituye el principal antecedente para la para la creación de la Corte Penal Internacional y El Estatuto de Roma de 1998 (Nota del autor).

¹⁵⁰ Opinión consultiva, No. 2, sobre El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 74 y 75), párrafo. 29.

obligaciones a las partes en atención a las disposiciones de los mismos, entre ellas las de promover, respetar y garantizar los derechos consignados.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema, deja muy en claro la obligación de que cada Estado parte debe organizar la estructura estatal y la administración pública de tal modo que se generen las condiciones estructurales, legales y humanas para que las personas disfruten de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos conexos.

Esta obligación de adecuación de todo el ordenamiento jurídico en función de la garantía de los derechos humanos, debe materializarse en toda instancia; en ciertos casos la simple aprobación de leyes no es suficiente para garantizar los derechos humanos si no se crean estructuras adecuadas para la realización de los derechos; y si no se promueve una cultura de que permita garantizar adecuadamente dichos derechos; con ello queremos decir de manera enfática, que la simple existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, no es suficiente, sino que “comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹⁵¹

Pero ¿tienen algún tipo de obligación jurídica los Estados en el ámbito de la libertad de creación y expresión artística? Efectivamente es así, pues a partir de la suscripción del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos aquellos Estados que ratificaron dicho tratado, asumieron obligaciones internacionales, que deben concretarse en cuanto a políticas públicas, y gestión eficiente de medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente, y por todos los medios apropiados, inclusive mediante la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos contemplados en dicho instrumento internacional.

En materia de libertad de creación y expresión artística al igual que para todos los demás derechos y libertades culturales, no se trata solo de respetar o no obstaculizar el ejercicio de los mismos, sino primordialmente se trata de obligaciones positivas a cargo del Estado.

¹⁵¹ Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, párrafo 66 y 69 Serie C, No. 4.

El reconocimiento de la dimensión cultural de todos los derechos humanos, y una auténtica toma de conciencia respecto al hecho de que la discusión política de la hora presente es ante todo cultural, puesto que: “De la misma manera que 200 años atrás la resistencia se dio pacíficamente en el terreno de los derechos cívicos, los derechos políticos, y que 100 años atrás la resistencia se dio por la defensa de los derechos sociales, creo que ahora el terreno de conflicto y de lucha es la defensa o la creación del conocimiento de derechos culturales”¹⁵²

La Corte IDH, a través de su jurisprudencia ha señalado que son obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos el prevenir, investigar, sancionar y procurar el restablecimiento del derecho conculcado.

A estos elementos planteados habría que añadir las obligaciones señaladas en los Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales¹⁵³, en especial lo que tiene que ver con la obligación de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en el sentido que:

La obligación de “lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” requiere que los Estados parte actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente los esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados parte tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones [...].¹⁵⁴

¹⁵² Entrevista con el sociólogo francés Alain Touraine, Transcrita por María Lila Ltaif Curbelo, <<http://www.espectador.com/text/especial/touraine.htm>>, consulta: 2 de julio de 2013.

¹⁵³ Este documento fue elaborado por un grupo de expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, EUA), se reunió en Maastricht del 2-6 de junio de 1986 con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Parte conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que fue adoptado luego por Naciones Unidas; se trata de un ejemplo de *soft law*, es decir de aquellos instrumentos que en principio carecen de rango normativo en sentido convencional, que no han sido creados por instituciones dotadas de poder legislativo, que sin embargo impactan en la soberanía legislativa de los Estados afectados y adquieren relevancia jurídica (Nota del autor).

¹⁵⁴ “Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, 1986, <<http://www.cc.gob.gt/ddhh2/docs/Instrumentos/Internacional/Limburgo.pdf>>, consulta: 2 de julio de 2013.

En materia de libertad de creación y expresión artística, sin olvidar que también incorpora un doble componente *de creación y de expresión*, la vulneración de este derecho de libertad de contenido cultural, genera a los Estados la obligación específica de tratar este derecho conforme sus propias especificidades; al respecto y con ocasión de la polémica suscitada en Chile en torno a la película *La última tentación de Cristo*, caso Olmedo Bustos y otros contra Chile, que mereció que la Corte IDH dispusiera que el Estado modifique su ordenamiento jurídico interno,¹⁵⁵ al señalar los cambios normativos se planteó el siguiente razonamiento:

La libertad de creación y manifestación de las obras literarias, teatrales, de música, pintura, escultura y danza, obras audio-visuales y de fusión entre diversas disciplinas artísticas, que están en el corazón de la cultura de un pueblo, constituye un derecho inalienable que toda sociedad busca garantizar a sus creadores. Sin libertad artística no hay auténtica expresión de cultura”. Agregando que “los creadores necesitan que se proteja su derecho de expresión de manera especial, pues por la propia naturaleza de su oficio ellos trabajan en la frontera del lenguaje y de la cultura.”¹⁵⁶

La idea de la obligación de los Estados de dar un tratamiento especial y cuidadoso al tema de la libertad de creación y expresión artística, en atención a su singularidad, comparte la Relatora especial de Derechos Culturales de Naciones Unidas, cuando señala:

Los artistas, al igual que los periodistas y los defensores de los derechos humanos, *corren un riesgo especial*, ya que en su trabajo deben enfrentar visiblemente a personas en el dominio público. A través de sus expresiones y creaciones, los artistas a menudo cuestionan nuestra vida, la percepción que tenemos de nosotros mismos y de los demás, las visiones del mundo, las relaciones de poder, la naturaleza humana y los tabúes, con lo que provocan respuestas tanto emocionales como intelectuales.¹⁵⁷ (Énfasis añadido)

También los particulares, pueden vulnerar la libertad de creación y expresión artística, especialmente grupos no estatales, empresarios, medios de comunicación privados, grupos religiosos, etcétera.

¹⁵⁵ Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros contra Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ Shaheed, “El derecho a la libertad”, consulta: 14 de marzo de 2013.

Si bien existe todavía polémica sobre la violación de derechos por parte de los particulares, la sentencia Lüth¹⁵⁸ del Tribunal Constitucional alemán de 1958 BVerfGE 7, 198, constituye un antecedente importante que permite desarrollar la doctrina *Drittwirkung* o de efectos entre terceros, en la que se refiere básicamente a la eficacia de los derechos de forma horizontal, es decir, la relación entre particulares y no solo a la relación vertical entre el Estado y los ciudadanos. Profundizando esta postura la segunda sala de la Suprema Corte en México, al resolver un amparo,¹⁵⁹ relacionado con intervenciones y grabaciones de comunicaciones privadas planteo el tema de la ilicitud constitucional:

Por ilicitud, la doctrina ha señalado que la misma entraña “la omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos”. Ahora bien, la omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos para los efectos que nos ocupan, no pueden ser aquellos de naturaleza moral, sino los correspondientes a los que tienen un reconocimiento jurídico, punto este que dará a la ilicitud su connotación diferencial respecto a los juicios de valor que distinguen entre un acto justo o injusto.

Para determinar si los particulares pueden cometer un ilícito constitucional, debe dilucidarse, en primer término, el sentido normativo del contenido constitucional, es decir, si del texto de la norma constitucional se desprenden principios universales dirigidos, tanto a las autoridades como a particulares.¹⁶⁰

En consecuencia, y tomando como punto de partida el concepto de ilicitud constitucional, poco a poco se ha ido fortaleciendo el argumento de que los particulares si pueden violar los derechos de las personas, sin embargo y hay que decirlo de manera absolutamente enfática, la violación de los derechos humanos realizada por particulares no puede ser una justificación o una excusa para que el Estado no asuma su rol garantista de derechos, más aún si ha existido negligencia, tolerancia y peor aún complicidad en los hechos.

Es verdad que el Estado no puede ser omnipresente, y evitar una violación cometida por un particular, pero tiene la obligación de investigar, sancionar al responsable y reparar integralmente a la víctima a través de los mecanismos constitucionales y legales que tenga a su disposición, en atención a sus obligaciones de garantía y protección:

¹⁵⁸ Tribunal Constitucional alemán, sentencia caso Lüth de 1958 BVerfGE 7, 198.

¹⁵⁹ Suprema Corte de México, sentencia amparo en revisión, 11 de octubre de 2000, 2/2000.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados parte en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y en el ámbito del derecho Internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no parte en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones interindividuales) [...] en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el art. 1.1 de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos *erga omnes*, alcanzando las relaciones del individuo, tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares”.¹⁶¹

No obstante, hay que reconocer que en algunos casos el Estado nada puede hacer frente a violaciones de derechos, que efectivamente pueden llegar a cometer los particulares, frente a lo cual:

[...] es importante recordar lo establecido por la Corte Interamericana en el caso Pueblo Bello contra Colombia, en el sentido que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción, pues el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de estos frente a cualquier acto de particulares.¹⁶²

En este orden de ideas, es evidente sí existen casos de violación de derechos por parte de los particulares, de modo que no solamente el Estado puede ser el único sujeto pasivo de la obligación jurídica.

En materia de libertad de creación y expresión artística son frecuentes las vulneraciones tanto del Estado como de agentes no estatales, tal y como lo señala la Relatora de Derechos Culturales de Naciones Unidas:

[...] Figuran entre estos los Estados, pero también los agentes no estatales en sus propias esferas de influencia, como los medios de comunicación y radiodifusión, las

¹⁶¹ Corte IDH, caso Blake vs. Guatemala (Fondo), sentencia del 24 de enero de 1998, Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 26, y cfr. párrafos. 27-30.

¹⁶² Medina Ardila Felipe, “La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares”, en *Revista Debate interamericano*, Bogotá, Publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 2009, 118.

empresas de telecomunicaciones y de producción, las instituciones educativas, los extremistas armados y la delincuencia organizada, las autoridades religiosas, los líderes tradicionales, las empresas privadas, las empresas de distribución y los comerciantes minoristas, los patrocinadores y los grupos de la sociedad civil, como las asociaciones de padres.¹⁶³

No se puede dejar de señalar que son los artistas quienes ejercen la libertad de creación y expresión artística, y al mismo tiempo se encuentran generalmente en una situación de mayor vulnerabilidad frente a la conculcación de sus libertades culturales.

El libre ejercicio de la creación y expresión del arte es realizado por un artista, es decir por aquella persona “que crea o que participa por su interpretación en la creación o la recreación de obras de arte, que considera su creación artística como un elemento esencial de su vida, que contribuye así a desarrollar el arte y la cultura, y que es reconocida o pide que se la reconozca como artista, haya entrado o no en una relación de trabajo u otra forma de asociación”.¹⁶⁴

Es decir se trata de seres humanos que *hacen del arte un elemento esencial de su vida*, en virtud del cual reivindica su condición como tal.

Quien ejercita la creación y la exterioriza, siendo un sujeto de la especie humana idéntico a sus congéneres en dignidad y derechos, en virtud de su entrega y consagración al arte merece ser entendido desde una perspectiva distinta, y por consiguiente en temas de carácter legal y más aún jurisdiccional, se requiere atender a la sensibilidad, la capacidad de polemizar, la ficción y la reinvención de la realidad, que plantea el intelectual, el creador, el artista; por consiguiente, no se debería valorar estas cuestiones desde el frío mecanicismo procesal.

Los artistas serán los sujetos sobre quienes recae, principalmente, la protección de sus derechos a libertad de creación y expresión artística, para lo cual existen algunas aproximaciones que pretenden identificar quienes serían efectivamente aquellas personas que entrarían a ser parte de esta categoría, que posee esa condición especial a la que nos hemos referido antes y que consiste en *hacer del arte un elemento esencial de su vida*.

Fernando Fuentes sugiere que se pueden clasificar en siete categorías:

¹⁶³ Shaheed, “El derecho a la libertad”, 14 de marzo de 2013.

¹⁶⁴ Ver UNESCO, Recomendación relativa a la Condición del Artista 27 de octubre de 1980.

Artista Intérprete. Es el artista que por medio del uso de su cuerpo (bailarines, mimos, entre otros), de su voz (cantantes, declamadores, etc.) o de la conjunción de ambos (actores), realiza la manifestación de una obra.

Artista Ejecutante. Es el artista que por medio de un instrumento, realiza la manifestación exterior de una obra (músico).

Artista de Dirección. Es el que de manera directa no ejecuta ni interpreta una obra, sino que por medio de la dirección de la interpretación de otro u otros artistas lo hace. Es decir, su función es la de dirigir a terceros en su interpretación, este tercero puede ser una sola persona o un colectivo. Cuando se trate de la dirección en la ejecución o interpretación de un colectivo, generalmente las legislaciones nacionales establecen una presunción sobre la representación de los distintos artistas por el director. Ejemplo de estos es el director de una orquesta o de una coral.

Artista Autor. Es el artista que interpreta o ejecuta sus propias obras, por lo cual tendrá una doble protección, como autor (sobre su obra) y como artista (sobre su interpretación o ejecución). Ejemplo típico es el cantautor.

Artista Plástico. Este término es empleado para referirse a los autores de obras plásticas, es decir, aquellos que realizan pinturas, dibujos, escultura o tallados, por lo cual, no pueden ser considerados como artistas protegidos por el derecho especial de estos, sino como autores, por ello, son protegibles por el derecho de autor. Ellos no interpretan ni ejecutan obras de terceros, sino que crean las suyas propias.

Artista de variedades. Es el artista que sin seguir una obra, crea un espectáculo o actos particulares (como el caso de los magos, domadores de animales, trapeceistas, etc.), con ciertos elementos planificados, aunque en términos generales no logren constituir una obra.

Artista de Improvisación. Es el artista que no sigue una obra, ni actos planificados, sino que ejecuta o interpreta solo elementos improvisados, por lo cual puede derivar en ciertos casos, en la autoría de una obra. Ejemplo típico de esto, son los mimos o actores callejeros.¹⁶⁵

Una pregunta es frecuente respecto al ejercicio de la libertad de expresar el arte: ¿Tiene responsabilidad ulterior el/la artista? Pues bien, la responsabilidad ulterior significa que si bien no es posible impedir que una persona se exprese, sí es posible que sea merecedor/a de una sanción, si a consecuencia de su expresión ha ocasionado algún daño; si bien es cierto generalmente este es un asunto que atañe con mayor frecuencia a los periodistas, también esto se considera un tema de competencia de los/las artistas, partiendo del hecho que el derecho a la libertad de creación y expresión artística no es absoluto, cuando en su quehacer se afecta la dignidad humana,¹⁶⁶ por lo tanto, habrá

¹⁶⁵ Fernando Fuentes Pinzón, “La protección del autor de obras plásticas en Venezuela”, *Revista de Ciencias Sociales* XIII, No. 1 (enero-abril de 2007) (Maracaibo): 150.

¹⁶⁶ Varios autores, *La dignidad humana: Filosofía, bioética y derechos humanos* (Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, 2010), 19-25.

responsabilidad ulterior en el artista, si a partir de las expresiones artísticas agrede los derechos de otros sujetos.

Si con su obra vulnera derechos de otras personas, violenta derechos de autor o hace uso de discursos tales como apología al odio y propaganda de guerra que inciten a la violencia, incitación directa y pública al genocidio, pornografía infantil, etcétera.

1.4.4. Condiciones mínimas para el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística

El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, se realiza desde dos aspectos, el primero un aspecto activo, que consiste en crear y difundir el producto artístico; y el segundo un aspecto pasivo que consiste en recibir las expresiones artísticas.

De modo que las restricciones, obstáculos y vulneraciones a la libertad de creación artística, no solamente lesionan al artista o al creador, sino que también afectan al público.

La defensa de la libertad de creación y expresión artística, requiere de ciertas condiciones mínimas que posibiliten el pleno ejercicio de este derecho de libertad.

Si bien no existe una doctrina desarrollada sobre esta temática, a partir de las recomendaciones expuestas por la Relatoría de Derechos Culturales de las Naciones Unidas, en su informe sobre esta materia, es posible identificar los principales aspectos para garantizar las condiciones mínimas para crear y expresar el arte en libertad, que entre otras son las siguientes:

1.4.4.1. Entorno normativo de la libertad de creación y expresión artística

El informe de la relatora de Derechos culturales, sobre la materia, plantea que se revisen críticamente leyes y prácticas que imponen restricciones al derecho a la libertad de expresión y creación artísticas, tomando en consideración las disposiciones pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos,¹⁶⁷ de modo que los artistas y todos los que participan en actividades artísticas solo deben estar sujetos a las leyes generales que se aplican a todas las personas. Dichas leyes deben formularse con precisión suficiente y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, deben

¹⁶⁷ Shaheed, “El derecho a la libertad”, Apartado 88.

ser de fácil acceso para el público, y aplicarse con transparencia, coherencia y de manera no discriminatoria.¹⁶⁸

Del mismo modo, los encargados de adoptar decisiones, judiciales y administrativas, deberán limitar la libertad de creación y expresión artística, como medida de *ultima ratio*, y teniendo en cuenta siempre la naturaleza de la creación artística como también el derecho de los artistas a discrepar, criticar y confrontar a los poderes dominantes, que a través del arte manifiestan su filosofía personal, su cosmovisión, sus creencias, y su visión del mundo y la realidad.

Además, normativa, judicial y administrativamente, el uso de lo imaginario y de la ficción debe ser comprendido, considerado, y protegido como elemento esencial de la libertad indispensable para la actividad creativa de artistas e intelectuales.

En cuanto a los ordenamientos jurídicos nacionales, se deberían prohibir los contratos coercitivos en virtud de los cuales los creadores ceden sus derechos sobre su creación, y del mismo modo los regímenes de derechos de propiedad intelectual, en especial en materia de derechos de reproducción y derechos de los autores, deben redefinirse a partir del pleno ejercicio de la libertad de creación y expresión artística.

1.4.4.2. Abolición de mecanismos de censura previa para la libertad de creación y expresión artística

Los Estados deben abolir todo tipo de órganos y sistemas de censura previa del arte de cualquier naturaleza, y solo deben exigir la responsabilidad ulterior, si el caso así lo amerita. Según el Informe sobre El Derecho a la Libertad de Creación y Expresión Artísticas: “Esta exigencia de responsabilidades será competencia exclusiva de un tribunal de justicia. La censura previa debe constituir una medida sumamente excepcional, adoptada únicamente para evitar un daño grave irreparable a la vida o a la propiedad cuando estas se vean amenazadas de manera inminente”.¹⁶⁹

En cuanto a los órganos y procedimientos de clasificación para las obras artísticas, únicamente deberán aplicarse para velar por el interés superior de niñas y niños en

¹⁶⁸ Ibíd. Apartado 89 literal a).

¹⁶⁹ Ibíd., Apartado 89 b).

relación con determinados contenidos, y solamente en aquellos casos puntuales estrictamente necesarios.

Del mismo modo, los Estados deben ocuparse de la utilización del espacio público para actuaciones o exposiciones artísticas, para garantizar que dichas regulaciones no discriminen arbitrariamente a determinados artistas o contenidos. “Los actos culturales merecen el mismo nivel de protección que las protestas políticas. Debe alentarse a los Estados, instituciones privadas y donantes a que busquen soluciones creativas que permitan a los artistas exponer o actuar en el espacio público”.¹⁷⁰

Los Estados deben valorar de manera integral las restricciones a las libertades artísticas impuestas por las empresas y otros actores del sector privado, así como las consecuencias que tienen sobre la libertad de creación y expresión artística las estrategias de mercado, así como la existencia de monopolios u otras formas similares en el sector de la cultura, las artes y los medios de comunicación.

1.4.4.3. Políticas públicas

Las políticas de fomento de industrias culturales se deben revisar desde la perspectiva de los derechos culturales y las libertades artísticas, de modo que institucionalmente, los organismos, agencias e instituciones públicas desempeñen una función de respaldo financiero, logístico y solidario a las expresiones artísticas que no atraen a los patrocinadores empresariales, por sus características estéticas.

Las políticas públicas son un conjunto de decisiones y estrategias adoptadas por Estado para resolver problemas públicos complejos, se expresan en forma de directivas generales que voluntad política del gobierno para establecer estratégicamente ciertas acciones con el fin de modificar una situación determinada.

Para Naciones Unidas, las políticas culturales de los estados deberían poner énfasis en apoyar sistemas sostenibles de gobernanza para la cultura, lograr un flujo equilibrado de bienes y servicios culturales, e incrementar la movilidad de los artistas y de los profesionales de la cultura, integrar la cultura en marcos de desarrollo sostenible, y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales encontrándose dentro

¹⁷⁰ *Ibíd.*, Apartado 89 f).

de este último asunto de la tutela y promoción de las libertades artísticas, siendo la más destacada la libertad de creación y expresión artística.¹⁷¹

En el análisis de la política pública cultural, existe un evidente sesgo legalista especialmente en América Latina, en función a la preminencia normativa en el diseño de la estructura de los sistemas estatales; sin embargo se hace necesario rebasar el frío positivismo formalista, para mirar esta cuestión desde una perspectiva más bien holística, ya que trascendiendo la rigidez del normativismo es pertinente preguntarse no solamente sobre quién tiene la capacidad de tomar las decisiones, sino también sobre quién diseña y pone en marcha una política pública, así como sus resultados.

En la esfera de políticas culturales, resulta indispensable sociabilizar e impulsar propuestas que partan desde lo local, ya que la cultura y todas sus manifestaciones no pueden seguir siendo acaudilladas desde la burocrática sabiduría de unos pocos funcionarios, devenidos en expertos de la realidad.

El reconocimiento de la diversidad plantea la necesidad de generar políticas culturales libertarias desde los propios espacios de realización, buscando fórmulas que tomen en cuenta los esfuerzos de los creadores y el rol de los consumidores de los bienes culturales, dentro de una dinámica intercultural.

La preocupación por difundir las artes de élite y preservar los patrimonios, es posiblemente lo más visible de las políticas culturales, sin embargo muchas veces se tiende a marginar las culturas tradicionales, la memoria oral, las prácticas vernáculas y de manera crucial el papel innovador del arte independiente, que generalmente no suele ser considerado por cierta intelectualidad tradicionalista.

Considerar que la implementación de un cuerpo legal, garantiza la eficiencia de las políticas públicas en materia cultural, es falso, puesto que ninguna ley por extraordinaria que aparente ser, tendrá los efectos y resultados esperados si no existe una verdadera práctica de la democracia cultural participativa, y las decisiones sigan siendo tomadas desde la lógica de la dominación.

¹⁷¹ El debate sobre políticas culturales y su relación con la libertad de creación y expresión artística, fue notable durante la conferencia de seguimiento de la convención de 2005 sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, previo a la preparación del informe del año 2015. (Nota del autor)

Una política cultural constituye sin lugar a dudas un proyecto de Estado ejecutado a través del gobierno, y siempre estará condicionada por las coyunturas políticas, los intereses de grupo, y las disputas en el terreno de lo simbólico.

La generación de políticas culturales libertarias, se hace muy difícil, puesto que la promoción de los valores anti-autoritarios a través del arte, la música, el teatro, la literatura, la educación, la recuperación de prácticas y saberes que refuerce la autonomía de los individuos y los grupos, la tecnología, el ejercicio de los derechos y libertades entre otros, en la práctica resulta completamente incómoda para el poder cultural

El enfoque cultural libertario de las políticas culturales, implica acrecentar las artes, los medios y otras formas simbólicas que están en capacidad de exhibir varios aspectos del régimen de dominación y las confrontan con un sistema de principios y valores fundado en la libertad, como con una práctica pluridimensional de liberación y resistencia a la sunyugación, regimentación, burocratización y mercantilización de la convivencia humana.

Hay mucho que discutir en materia de políticas culturales, especialmente en el la forma como ha de garantizarse el pleno ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, posiblemente la libertad cultural más libertaria y contestataria, y que hasta el momento no ha podido ser doblegada por la imposición de políticas culturales opresoras y absolutistas.

1.4.4.4. La protección de artistas y creadores

Generalmente el objeto de protección legal ha sido la obra artística, especialmente desde la perspectiva de Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) mas bien orientada hacia la protección de derechos de autor sobre las obras artísticas y literarias, criterio que es también compartido por la Decisión 351 de la Comunidad Andina de 1994.

El error radica en confundir los derechos personales de la persona natural con los derechos patrimoniales del artista, en el primer caso se trata de una cuestión vinculada estrictamente al mercado artístico existiendo derechos patrimoniales sobre las obras tanto como modalidades de ser explotadas.

El presente trabajo se aparta de la discusión sobre los derechos patrimoniales de los autores, por tratarse una temática que si bien esta medianamente relacionada al objeto

de investigación, tiene otras particularidades; lo que nos interesa es tratar el tema de la libertad de creación y expresión artística, que constituye un derecho personalísimo por su naturaleza.

En cuanto a la protección de artistas y creadores, resulta una temática sobre la cual muy poco se ha reflexionado, descuidando la importancia de su aporte a la humanidad, y su carácter *erga omnes*, por cuanto se los puede hacer valer contra todos.

La protección del artista y del creador debe implementarse frente a amenazas tales como las embestidas de un mercado que considera al arte como simple mercancía, la escasa protección social, el derecho a una vida digna, y la inefectiva tutela de la libertad de creación y expresión artística.

Los Estados deben cumplir su obligación de proteger a los artistas y a todos quienes participan en actividades vinculadas al arte, o en la difusión de expresiones, creaciones y performance de la violencia ejercida tanto desde el poder como de terceros; para ello se deberá documentar con mayor esmero, y de manera sistemática, las violaciones del derecho a la libertad de expresión y creaciones artísticas, con el propósito que estas frecuentes vulneraciones no sean invisibilizadas.

Asimismo se hace necesario que todos los artistas sean apoyados cuando sean acosados, amenazados, o intimidados, proporcionándoles gratuita y oportunamente la asistencia jurídica pertinente; además los Estados al presentar sus informes y sus conclusiones a los órganos nacionales e internacionales competentes, deberán informar sobre la situación de la libertad de creación y expresión artística.

1.4.4.5. Participación de los artistas y creadores en la vida pública

Los Estados deben garantizar el derecho de los artistas y creadores a participar en la vida pública del país, ya sea de manera directa o indirecta, en las consultas populares, asambleas populares y asuntos locales de interés de la comunidad, y además en la participación activa en el debate público, el diálogo, etcétera.¹⁷²

¹⁷² El derecho humano a la participación está reconocido en el artículo 25 literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas, que dice: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos” (nota del autor).

Del mismo modo, el Estado deberá garantizar la participación de los representantes de las asociaciones independientes de artistas en la adopción de las decisiones relacionadas con el arte y las políticas culturales públicas. Asimismo deberá abstenerse de nombrar o designar a los administradores culturales o directores de instituciones culturales sobre la base de su afiliación política, religiosa o empresarial.

El Informe sobre el Derecho a la Libertad de Expresión y Creación Artísticas presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, sintetiza la necesidad de considerar estas condiciones mínimas para el pleno ejercicio de esta libertad cultural cuando manifiesta:

La vitalidad de la creación artística es necesaria para el desarrollo de culturas dinámicas y el funcionamiento de sociedades democráticas. Las expresiones y creaciones artísticas forman parte integral de la vida cultural, en la medida en que cuestionan significados y reexaminan ideas y conceptos heredados a través de la cultura. La tarea fundamental de la aplicación de las normas universales de derechos humanos es evitar que arbitrariamente se dé primacía a ciertas perspectivas por su autoridad tradicional, su poder institucional o económico o su supremacía demográfica en la sociedad. Este principio es el elemento esencial de toda cuestión planteada en el debate sobre el derecho a la libertad de expresión y creación artísticas y sobre las posibles limitaciones de ese derecho.¹⁷³

Cuando se habla de condiciones mínimas, por tanto, se hace referencia a un conjunto de resguardos básicos que permitan que aquellas personas que deseen ejercer su libertad de crear y expresarse artísticamente, puedan hacerlo en un ambiente adecuado y tolerante, para lo cual desde la perspectiva de la Relatoría de Derechos Culturales de la Organización de Naciones Unidas deben observarse como estándares las normas universales de los derechos humanos, a fin de tener ciertos mecanismos de defensa frente a los embates del autoritarismo propio de la autoridad tradicional, los poderes institucionales o económicos, la supremacía demográfica, los intereses del mercado, etcétera.

1.4.5. Límites y restricciones a la libertad de creación y expresión artística

El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, no es un derecho absoluto, y su ejercicio entraña deberes y responsabilidades, de tal forma que en casos absolutamente

¹⁷³ Ibíd., Apartado 3.

puntuales podrá someterse a determinadas formalidades, condiciones, restricciones o limitaciones, previstas por la ley, y que constituyen medidas excepcionales; “Con arreglo al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la libertad de expresión, por ejemplo en forma artística, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán estar establecidas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.¹⁷⁴

Fuera de estas dos anteriormente señaladas, no se debería contemplar ninguna otra restricción, y se debe considerar detenida y cuidadosamente cómo se aplica en cada caso concreto, para que cumpla su objetivo sin menoscabar la dignidad del artista o creador, por tanto, “los encargados de adoptar decisiones, incluidos los jueces, al hacer uso de su potestad para imponer limitaciones a las libertades artísticas, deben tener en cuenta la naturaleza de la creación artística (en lugar de su valor o mérito), así como el derecho de los artistas a disentir, a utilizar símbolos políticos, religiosos y económicos como contraposición al discurso de los poderes dominantes y a expresar sus propias creencias y visión del mundo”.¹⁷⁵

A esto habría que añadir la obligación que las decisiones relativas a las restricciones deben ser suficientemente motivadas, justificadas, explicadas y fundamentadas,¹⁷⁶ debiendo además permitir el que se recurra o interponga un recurso ante un tribunal de justicia de alzada.

En lo que tiene que ver con las tensiones de la libertad de creación y expresión artística con otros derechos, y que significan también una suerte de restricción a la misma, se puede señalar que el ejercicio de los derechos es dinámico, y muchas ocasiones esto puede generar tensiones entre ellos, pues constituyen distintas expresiones de la dignidad humana, tema bastante difícil de definir que hace que los jueces, por falta de precisiones

¹⁷⁴ *Ibíd.*, Apartado 26.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, Apartado 89 literal d).

¹⁷⁶ Diremos que hay *motivación* cuando se explica la razón o motivo que se ha tenido para resolver algo en cierto sentido, *justificación* si nos referimos al procedimiento argumentativo, mediante el cual se ofrecen razones a favor de una conclusión, *explicación* si nos referimos a la descripción de las causas que han provocado el pronunciamiento de un fallo, resolución o parte dispositiva que es su efecto, y *fundamentación* cuando se expresa con precisión el precepto legal aplicable al caso (Nota del autor).

impongan sus propios estándares morales en los casos que tienen posibilidades de ser considerados como violaciones a la dignidad.¹⁷⁷

Para solucionar estos conflictos se han planteado algunas posibilidades de solución entre las que destacan: el establecimiento e individualización de ciertos límites a determinados derechos, con el fin de evitar abusos y propiciar una armónica relación entre derechos; el diseño de un modelo capaz de distinguir entre derechos comunes u ordinarios y derechos de un estatus superior o supremo, tal es el caso de la doctrina del tribunal supremo norteamericano sobre *preferred positions*; y la ponderación, con el fin de que la primacía de un derecho sobre otro opere únicamente en cada caso concreto, reconociendo que los ordenamientos jurídicos están formados no solamente por normas, sino también por principios y que finalmente el principio que tenga mayor peso triunfará en el ejercicio de ponderación.

Si bien este no es el tema central del presente trabajo, resulta oportuno señalar que en todas las posiciones antes señaladas, habría un derecho que tiene que ceder ante otro, basándose en consideraciones subjetivas que generalmente se desarrollan por medio de la jurisprudencia y desde un enfoque propio de las teorías conflictivistas, que al final olvidan que el fundamento de los derechos está en la dignidad intrínseca de las personas, y que en definitiva la expresión normativa de lo que llamamos derechos, no es sino una traducción jurídica de la propia naturaleza humana y sus exigencias, de modo que en conclusión no es que existen conflictos o colisión entre derechos, sino discrepancias de intereses de las partes, las cuales de manera habitual se expresan en los procesos legales, en los cuales hay que tener muy claro el contenido constitucional de los derechos, y clarificar sus límites como factores de demarcación, que son las fronteras hermenéuticas que impiden que un derecho se desborde y afecte la dignidad de otra persona.

De este modo, se puede decir que no es que un derecho cedió ante otro, o que existe cierta jerarquización, sino que simplemente en cada caso concreto, y en atención a los límites y restricciones de los derechos, una pretensión prevaleció sobre otra en una ocasión absolutamente puntual.

¹⁷⁷ Lee, Man Yee Karen, "Universal Human Dignity: Some Reflections in the Asian Context", *Asian Journal of Comparative Law* 3, No. 1 (enero de 2008).

Se dirá que la ponderación sirve justamente para valorar los límites de los derechos, sin embargo una sentencia del Tribunal Constitucional español considera que se trata de “otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio”.¹⁷⁸ Esta *preferencia* a la que se refiere el fallo es sinónimo de primacía y de ventaja, lo que no significa de ningún modo examinar los límites y las restricciones de los derechos que evidentemente no son absolutos, pero que expresan dimensiones de la dignidad humana intrínseca; por tanto al ponderar lo que estamos haciendo es subordinar y mermar un derecho en relación con otro, en lugar de definir simplemente con claridad el ámbito de protección de los derechos clarificando los mismos por medio de una interpretación integrativa que tome como punto de partida el núcleo ontológico de la Constitución.

La libertad de creación y expresión artística por su naturaleza emancipadora, antipoder, libertaria y compleja, puede experimentar situaciones difíciles en su relación con otros derechos, más aún cuando la jurisprudencia nacional no le ha reconocido como un derecho autónomo

Han sido las frecuentes tensiones entre la libertad de creación artística y los derechos de carácter religioso, las que han revelado dichas tensiones, y que muchas veces han acaparado el debate mundial, tal es el caso de la novela *los Versos satánicos* de Salman Rushdie en 1988, hasta las caricaturas de Mahoma en 2005.

En el caso *Otto Preminger-Institut contra Austria*, que se refiere al retiro de la película, *Das Liebekonzil* (“El concilio de amor”), del director Werner Schroeter por parte del gobierno de Austria, ante una sospecha de tentativa de denigración de preceptos religiosos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró lo siguiente:

De las decisiones de las jurisdicciones austriacas se deduce que han tenido en cuenta debidamente la libertad de expresión artística. Las jurisdicciones, dentro de su competencia, no han considerado el valor artístico de la película o su contribución al debate público en general.

El Tribunal no puede obviar el hecho de que la religión católica romana es la de la inmensa mayoría de los tirolese. Al retirar la película, las autoridades austriacas han actuado para proteger la paz religiosa en esta región y para impedir que algunos se sientan

¹⁷⁸ Tribunal Constitucional de España, sentencia STc 320/1994, 28 de noviembre de 1994.

atacados en sus sentimientos religiosos de manera injustificada y ofensiva. Es competencia en primer lugar de las autoridades nacionales, mejor situadas que el juez internacional, la evaluación de la necesidad de semejantes medidas a la luz de la situación existente en el plano local en una época concreta. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, el Tribunal no estima que las autoridades austriacas puedan ser reprochadas de haberse excedido en el margen de apreciación al respecto. Así pues, no considera que haya habido ninguna infracción del artículo 10 en lo relativo a la retirada”.¹⁷⁹

En consecuencia en el referido caso, en primer lugar se puede observar que se toma a la libertad artística de forma secundaria, y se da mayor peso a los sentimientos religiosos, y posibilitan que las limitaciones impuestas han sido tomadas dentro de un razonable margen de apreciación nacional, con lo cual en la práctica se resignó al derecho de libertad artística, al cual además y no está por demás señalarlo, todo el tiempo se lo toma como una dimensión ínfima de la libertad de expresión general.

Naturalmente, en el presente trabajo no podemos estar de acuerdo con una resolución que en primer lugar desnaturaliza la esencia de la libertad de creación y expresión artística, eleva a la categoría de derecho a la intolerancia y los prejuicios religiosos, y justifica la arbitraria confiscación de un producto artístico. La película *Das Liebekonzil* o *El concilio de amor*, es una expresión artística legítima, vulnerada por el simple hecho de que la mayoría en Tirol, región donde se intentó proyectar el filme, profesa la religión católica; es por ello que en un ejercicio democrático de absoluta tolerancia, la autoridad debió permitir que se proyecte la cinta, en un horario para público adulto; seguramente la mayoría de la población en virtud de sus creencias no habría asistido.

El problema radica nos solamente en impedir que la obra se proyecte, sino en que se la confiscó, es decir se afectó los derechos de un artista que mostró su obra, que jamás obligó a que el público viera su trabajo. En cuanto al carácter ofensivo de la película, es un tema completamente subjetivo, el cual bajo ningún punto de vista justifica una resolución tan desatinada como la que hemos referido.

En cuanto a la tensión entre libertad de creación artística y derecho al espacio público, es frecuente y constituye un tema que va tomando cada día mayor importancia

¹⁷⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia Caso Otto Preminger-Institut contra Austria, Estrasburgo, sentencia, 20 de septiembre de 1994.

en el debate de la libertad de creación y expresión artística, tal es el caso de Buenos Aires-Argentina, en donde el Frente de Artistas Ambulantes Organizados (FAAO), está luchando por una normativa que los proteja, pues consideran que el ejercicio del arte está siendo perseguido, censurado y criminalizado, especialmente desde las lógicas de la gestión del espacio público.

El uso compartido del espacio público es un asunto difícil, pues el ejercicio del arte en las calles puede molestar a otras personas, que también sienten que su derecho a acceder libremente a un espacio que es de todas y todos, se ve afectado por la presencia de quienes hacen arte; sin embargo, en la mayoría de casos la tensión real se produce entre los administradores del espacio público que quieren controlarlo todo y los artistas que reivindican sus libertades culturales.

Evidentemente estas prácticas de discriminación y violencia contra los artistas callejeros, vulneran abiertamente la libertad de creación y expresión artísticas, tal y como ocurre en Buenos Aires, donde el tema se ha vuelto sumamente grave, varios grupos artísticos como Jamaicaderos, Pollerapantalón, Ciudad Baigón y El Método han denunciado haber sido víctimas del hostigamiento por parte de funcionarios públicos a través de frecuentes hechos de violencia, tanto física como verbal.

El 14 de abril de 2013, en Defensa en el barrio de San Telmo, la agrupación de música jamaicana, Jamaicaderos, fue increpada por un grupo de 20 inspectores del Ministerio del Espacio Público de la ciudad, que amenazó a los artistas y trató de impedir su presentación; sin embargo, el suceso más grave ocurrió el 31 de agosto de 2012, cuando los músicos y parte del público que los acompañaba fueron agredidos por cuatro empleados de seguridad privada contratados por los vendedores de dólares blue en la calle Florida, y uno de ellos los amenazó e intentó acuchillar, mientras la policía liberaba la zona, según la denuncia realizada por los artistas, “el hecho concluyó en la apertura de una causa por amenaza con arma blanca en el Juzgado de Instrucción No. 1 a cargo del juez Hernán López, pero el agresor sigue libre e incluso trabajando en el mismo lugar”.¹⁸⁰

¹⁸⁰ “Discriminación y violencia contra artistas y músicos callejeros en la ciudad”, *La Fábrica Porteña, Sección Arte y comunicación* (Buenos Aires), 27 de agosto de 2001, <<http://lafabricaportena.com/acerca-de-la-fabrica-portena/>>, consulta: 20 de junio de 2013.

Desde el año 2012 los artistas argentinos, con el apoyo de organizaciones de derechos humanos, la Unión de Músicos Independientes (UMI), y legisladores porteños de oposición a la gestión de Mauricio Macri, jefe de gobierno en la ciudad de Buenos Aires, han concentrado su lucha en impulsar el proyecto de Ley 2550-D-2012 que tiene como fin proteger, propiciar y fomentar la actividad artística en la vía pública y el espacio público, y que fue preparado por varios diputados pero que finalmente no fue tratado, razón por la cual en 2014 se insistió en el tema con la presentación del proyecto 660-D-2014.

En Chile, por su parte, el 28 de agosto de 2011, el Ministerio de Cultura, encabezado por el ministro Luciano Cruz-Coke, firmó un acuerdo con la Asociación Chilena de Municipalidades, Carabineros y agrupaciones del mundo del arte urbano como el Sindicato de Trabajadores Independientes Lluken Antu y la Asociación Gremial de Artistas Itinerantes de pintores y artesanos, encabezados por SICUCH, con el fin que los pudieran trabajar sin mayores inconvenientes por parte de representantes comunales o efectivos policiales, como solución momentánea hasta la oficialización de la ley para artistas callejeros, y se impulsa una normativa para atender esta situación bastante delicada.

Como avance significativo en esta materia, resulta oportuno señalar que en marzo de 2009, el gobierno de Brasil aprobó la Ley 706/07 que descriminaliza el arte callejero, con lo cual a día de hoy es completamente legal en todas sus formas, contando con la protección del Estado el ejercicio libre en las calles y el espacio público, para todo aquel que labore con expresiones artísticas, sin la necesidad de adquisición de permisos especiales.

He aquí como la tensión entre la libertad de expresar la creatividad artística y gestión del uso del espacio público está latente, identificándose una tendencia por garantizar a través de leyes, el ejercicio digno del arte en libertad.

La relación entre libertad de creación y expresión artística, también puede encontrar cierta tensión con aquellos derechos que tutelan el honor y la buena reputación. El caso del escritor español Manuel Vicent y su novela intitulada *Jardín de Villa Valeria*, es muy interesante, pues refleja la colisión entre estos dos derechos, y el pronunciamiento

Del Tribunal Constitucional español, ante las acciones legales impulsadas por la viuda de Pedro Ramón Moliner, personaje real que aparece en esta obra literaria, y cuyo honor y buen nombre habrían sido vulnerados. En la sentencia dentro del Recurso de Amparo No. 5351-2004, el Tribunal Constitucional español consideró lo siguiente:

En efecto, tal y como se ha señalado en los fundamentos jurídicos precedentes, no puede desconocerse que dicho pasaje constituye un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria [art. 20.1 b) CE] que, como tal, protege la creación de un universo de ficción que puede tomar datos de la realidad como puntos de referencia, sin que resulte posible acudir a criterios de veracidad o de instrumentalidad para limitar una labor creativa y, por lo tanto, subjetiva como es la literaria. Por otro lado, y como también se desprende de cuanto se ha señalado anteriormente, el párrafo litigioso, a pesar de identificar claramente a la persona pretendidamente ofendida, no puede considerarse lesivo de su honor, teniendo en cuenta su fallecimiento once años antes, que no nos encontramos ante un supuesto de sucesión procesal, y que, interpretado en su conjunto y en el contexto de una obra literaria que pretende describir la evolución de una determinada generación, el fragmento litigioso y, concretamente, las frases aparentemente vulneradoras de dicho honor no pueden considerarse ni en sí mismas vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas.¹⁸¹

En este caso y en forma acertada el Tribunal Constitucional, garantizó el ejercicio de la libertad creativa y su expresión también libre.

En Colombia en el caso de la novela *De amor y crimen* del escritor Hernán Joaquín Fonseca Jiménez, la Corte Constitucional colombiana consideró:

Resolver la controversia es importante por lo siguiente: porque si el escrito impugnado es, como lo afirma su autor, una novela, sus personajes y las situaciones descritas en él son una ficción, no son reales, son el producto de su imaginación después de desarrollar un complejo proceso de reelaboración intelectual, recreando y magnificando unos hechos, que si bien le sirvieron de inspiración, él nunca pretendió reconstruir y consignar en un documento; en ese caso las acusaciones que presenta la actora de la tutela en principio no tendrían ningún asidero, pues el autor del libro no se habría referido en su obra ni a ella ni a su familia en particular, ni siquiera a su hermano, cuya figura y acciones constituyeron apenas un referente que en ningún caso quiso “reproducir” en el libro.

Ahora bien, la contradicción que existe entre la descripción que el autor hace de cada uno de los personajes del libro y la que presenta la actora de ella misma y de los diferentes miembros de su familia, no hace más que corroborar el carácter ficticio del relato, pues el escritor no se limitó a sustituir los nombres de los protagonistas de la

¹⁸¹ Tribunal Constitucional de España, Sala Segunda, sentencia No. 51/2008, 14 de abril de 2008, BOE num. 117, 14 de mayo de 2008.

tragedia acaecida en Tunja en 1970, sino que trascendió el relato de esos hechos concretos, nutriéndolo con su inventiva, con sus fantasías, con su personal concepción del mundo y con su específico conocimiento e interpretación de su entorno, que es el de sus personajes; su obra, sin duda es una novela, que como tal “evoca la historia pero no corresponde a ella.”¹⁸²

Es decir, nuevamente es el carácter ficticio, fantástico, y simbólico, lo que hace que el arte no sea considerado como una forma de vilipendiar, desacreditar o injuriar a alguna persona, aunque estos límites pueden ser muy difíciles de determinar, y esa es la razón por la que la tensión entre estos derechos es constante.

1.5. La libertad de creación y expresión artística como derecho humano

El derecho a la libertad de creación y expresión artística, al igual que todos los derechos y libertades culturales tiene su fundamento en la propia dignidad del ser humano, puesto que “modela, con sus prácticas determinadas, sensibilidades particulares que pueden favorecer una configuración identitaria respetuosa del derecho de cada uno. La reconstrucción de nuestras subjetividades se vuelve un paso prácticamente ineludible cuando ponemos en marcha un proceso artístico, debido a que nuestra sensibilidad es expuesta en la misma creación”.¹⁸³

En la hora presente muy pocas personas cuestionan la tesis que el ejercicio y acceso al arte como a la cultura en general es un derecho humano, y aquello explica el impulso que van tomado los derechos culturales en los debates jurídicos contemporáneos, y como es evidente, la libertad de creación y expresión artísticas, junto a los demás derechos culturales tiene un

carácter fundamental según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Su ejercicio se desarrolla en el marco del carácter integral de los derechos humanos, de forma tal, que ese mismo ejercicio permite y facilita, a todos los individuos y grupos, la realización de sus capacidades creativas, así como el acceso, la participación y el disfrute de la cultura. Estos derechos son la base de la plena ciudadanía

¹⁸² Corte Constitucional de Colombia, expediente T-247550, Acción de tutela instaurada por Flor Elvira Russi Rodríguez contra Hernán Joaquín Fonseca Jiménez, sentencia T-244/00, Santafé de Bogotá, 3 de marzo de 2000.

¹⁸³ Alejandra Rodríguez y Gustavo Varela, *Arte, cultura y derechos humanos* (Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación, 2011), 62.

y hacen de los individuos, en el colectivo social, los protagonistas del quehacer en el campo de la cultura.¹⁸⁴

No olvidemos que según la Observación General No. 21 relativa al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la libertad de creación y expresión artística junto a los demás derechos culturales “son parte integrante de los derechos humanos y, al igual que los demás, son universales, indivisibles e interdependientes. Su promoción y respeto cabales son esenciales para mantener la dignidad humana y para la interacción social positiva de individuos y comunidades en un mundo caracterizado por la diversidad y la pluralidad cultural.”¹⁸⁵

En la praxis de los derechos humanos, la creación y expresión artísticas, no solamente son derechos a ser tutelados, sino que se han convertido en mecanismos de reparación para las víctimas de vulneraciones a su dignidad. En varias ocasiones, sentencias paradigmáticas han empleado el arte en este sentido, como el caso Barrios Altos vs. Perú en el cual la Corte IDH dispuso: “erigir un monumento recordatorio”.¹⁸⁶ El Estado peruano incumplió, pero las víctimas con la ayuda de la artista Lika Mutal, colocaron un monumento en una de las esquinas del Campo de Marte, en el distrito de Jesús María, cuyo nombre es *El ojo que llora*,

Por esta razón, y una vez asociado el tema de los derechos humanos a la obra de arte, es preciso preguntarnos cuál es el efecto de las obras de arte cuyo tema son los derechos humanos. Proponemos dos posibles efectos: 1. Efecto sensibilizador y 2. Efecto transformador. La diferencia obedece a razones metodológicas, porque en esencia ambos efectos se encuentran interrelacionados, y el segundo no existe sin el primero. No obstante, se subraya el carácter activo del artista, y su compromiso en la transformación social, en el segundo caso, que no necesariamente está presente en el efecto sensibilizador, donde el aporte fundamental radicaría en la existencia misma del tema de los derechos humanos como parte de la obra.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Amplia información en la página web de la Carta Cultural Iberoamericana (<http://www.culturasiberoamericanas.org/>), consulta: 12 de abril de 2012.

¹⁸⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Ginebra, 2009, párrafo 1.

¹⁸⁶ Corte IDH, caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia (Reparaciones y Costas), párrafo 44f, 30 de noviembre de 2001.

¹⁸⁷ Yolanda Sierra León, “Relaciones entre el arte y los derechos humanos”, *Derecho del Estado*, No. 32 (enero-junio de 2014) (Bogotá: UEC), 90.

En consecuencia no solamente que el derecho a la libre creación y expresión del arte es un derecho humano, sino que además esta forma de exteriorización de la inspiración del artífice de la obra, puede transformarse en una poderosa herramienta para humanizar y concienciar, y de este modo el arte al servicio de las grandes causas de la humanidad, adquiere una importancia mucho mas relevante de la que comúnmente tenemos en cuenta.

1.5.1. La libertad de creación y expresión artística en el Sistema de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

A partir del 10 de diciembre del año de 1948, en que la Asamblea General de la Naciones Unidas, aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se ha venido construyendo una estructura global, con el propósito de consolidar un sistema que garantice tales derechos a nivel planetario. La ONU, enfrenta una delicada tarea a la hora de definir aquellos derechos considerados mínimos que permitan la realización de la dignidad humana, pues la diversidad de naciones con visiones, valores, concepciones e ideologías distintas, hace que la tarea deba ser realizada con suma cautela.

En la práctica, el Sistema de Derechos Humanos alrededor del mundo funciona por medio de tres componentes interrelacionados: una normativa internacional a través de la Carta de Derechos Humanos, que integra tratados, declaraciones no obligatorias, acuerdos y documentos; los Relatores Especiales y expertos, además de una variedad de grupos, como por ejemplo grupos de trabajo, comités y órganos de los tratados, con la finalidad de trabajar de diferentes maneras en la promoción y protección de los derechos humanos; y finalmente la asistencia que se ofrece a los Estados a través del Fondo de Contribuciones Voluntarias para la Cooperación Técnica en materia de Derechos Humanos.

En lo que tiene relación con la libertad de expresión y creación artística, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos encontramos ya una simiente, en su artículo 19 que señala que 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; y el artículo 27.1. que dispone que toda

persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la libertad de expresión artística, aparece como parte de la libertad de expresión en su artículo 10, No. 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.”¹⁸⁸

En la resolución 10/23 del 26 de marzo de 2009 (ESCR), el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer, por un plazo de tres años, un procedimiento especial titulado “Experto independiente en la esfera de los derechos culturales”, según los instrumentos pertinentes de derechos humanos de las Naciones Unidas.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, (nota del autor)

¹⁸⁹ En su resolución 10/23 del 26 de marzo 2009 (E F S C R), el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer, por un plazo de tres años, un nuevo procedimiento especial titulado “Experto independiente en la esfera de los derechos culturales”, según los instrumentos pertinentes de derechos humanos de las Naciones Unidas.

En 2012, en su resolución 19/6 del 22 de marzo (E F S A C R), el Consejo de Derechos Humanos decidió conferir a la titular del mandato el estatus de Relatora Especial sobre los derechos culturales y de prorrogar el mandato por un período de tres años. Este mandato fue prolongado de nuevo en 2015 por un período de tres años por la resolución 28/9 (E F S A C R) del 10 abril. A la Relatora Especial se le asignó el siguiente mandato:

- a) Identificar las mejores prácticas en la promoción y protección de los derechos culturales a nivel local, nacional, regional e internacional;
- b) Detectar los obstáculos que pueden existir para la promoción y protección de los derechos culturales y presentar propuestas y/o recomendaciones al Consejo acerca de posibles medidas para superarlos;
- c) Trabajar, en cooperación con los Estados, para fomentar la adopción de medidas de promoción y protección de los derechos culturales a nivel local, nacional, regional e internacional, mediante propuestas concretas destinadas a intensificar la cooperación subregional, regional e internacional a este respecto;
- d) Estudiar la relación entre derechos culturales y diversidad cultural, en estrecha colaboración con los Estados y otros actores pertinentes, entre ellos, en particular, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, con el fin de promover aún más los derechos culturales;
- e) Integrar en su labor la perspectiva de género y de la discapacidad;
- f) Trabajar en estrecha coordinación, evitando las duplicaciones innecesarias, con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, otros procedimientos especiales del Consejo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, así como con otros actores pertinentes que representen la gama más amplia posible de intereses y experiencias, dentro de sus respectivos mandatos, en particular asistiendo a las conferencias y reuniones internacionales pertinentes y procediendo a su seguimiento. (Nota del autor)

En el Sistema de Derechos Humanos de la ONU, sin lugar a dudas, el tema de los derechos culturales empieza a posicionarse apenas en 2009, lo que nos hace pensar, que está iniciando un proceso con mayor entendimiento de la naturaleza y contenido de los mismos, requisito indispensable para en algún momento alcanzar su efectiva implementación.

El enfoque que viene dando al tema Naciones Unidas, está directamente vinculado a la Observación General No. 21, del 19 de noviembre de 2009,¹⁹⁰ que caracteriza a la libertad cultural, –debió haberse hablado de las *libertades culturales* en plural–, en función al derecho a participar en la vida cultural como una libertad, lo que implicará que los Estados por una lado deberán abstenerse de interferir, y por otro lado están obligados a realizar acciones positivas para facilitar un ambiente dentro del cual la persona puede expresarse libremente y ejercer sus aspiraciones culturales.

Así pues, la libertad de creación, en forma individual, en asociación con otros, o como expresión comunitaria implica que los Estados parte deben abolir la censura de actividades culturales que hubieran impuesto a las expresiones de las artes; obligación íntimamente relacionada con el deber de los Estados a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

En el informe de la experta independiente en la esfera de los derechos culturales, Farida Shaheed, presentado de conformidad con la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos, se destaca que “La Experta independiente prestará particular atención, entre otros, a la protección de *las libertades culturales (expresión, información, creatividad, investigación científica, participación e intercambio intercultural, sin consideración de las fronteras)*.”¹⁹¹ (Énfasis del autor)

En su quinto informe (A/HRC/23/34), la Relatora Especial hace un análisis de las variadas formas en que puede coartarse el derecho a la libertad, imprescindible para la expresión y creación del arte, además promueve la reflexión respecto de la inquietud cada vez más acentuada, por las manifestaciones artísticas que han sido o están siendo

¹⁹⁰ Organización de las Naciones Unidas, Observación General No. 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) E/C.12/GC/21/Rev.1, Ginebra, 2009.

¹⁹¹ El texto completo de este informe puede leerse en el sitio web del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=177&m=197>, consulta: 20 de marzo de 2013.

acalladas por la intolerancia, la violencia y el despotismo, razón por la cual este alarmante informe hace referencia tanto a los sistemas legales que restringen las libertades artísticas, como a las cuestiones económicas y financieras que repercuten de que las restringen, destacando que las causas subyacentes de las vulneraciones, suelen ser de índole política, religiosa, económica, cultural o moral, y que pueden presentarse como una combinación de todos estos aspectos.

Lo anteriormente señalado evidencia la situación inerte de la libertad de creación y expresión artística, un derecho cultural de libertad que va demandando respuestas distintas al pensamiento jurídico de la hora presente.

1.5.2. La libertad de creación y expresión artística en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Cuando hablamos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

tenemos en mente el complejo de mecanismos y procedimientos previstos tanto por la Carta de la Organización de Estados Americanos y otros instrumentos jurídicos conexos a esta, como aquellos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual –junto con sus protocolos adicionales y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos– es el producto del desarrollo y fortalecimiento de este sistema regional.¹⁹²

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye un espacio regional integrado por los Estados miembros de la OEA, dedicado a promover el respeto, tutela y realización de los derechos humanos a través de dos instancias que son, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuya sede se encuentra en Washington DC, EUA y la Corte IDH con sede en San José de Costa Rica.

La libertad de expresión, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se concibe como un derecho fundamental de la persona que inclusive antecede al Estado, es decir, se lo ha caracterizado como un atributo de las personas consustancial con su naturaleza humana, que no es creado ni otorgado por el estado. Esta idea se encuentra en el propio preámbulo de la Convención al señalar que se

¹⁹² Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procesales* (Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999), 44.

reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

La Corte IDH en su opinión consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, señala que la libertad de expresión no solo consiste en un derecho individual que obliga a que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, sino que también implica “un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.¹⁹³

En la práctica, las expresiones políticas son las que obtienen el mayor grado de protección, y en cuanto a las expresiones de tipo artístico, suelen recibir una menor protección, lo que conlleva a que ante este tipo de expresiones del pensamiento y la creatividad, existiría un mayor espacio para que se den interferencias, restricciones censuras e intromisiones.

La jurisprudencia interamericana ha reconocido que el ámbito de protección de la libertad de expresión es casi tan extenso como las posibilidades de comunicación entre las personas, y que esta libertad cubre una gran cantidad de modalidades expresivas, tanto desde el punto de vista formal como de contenidos; sin embargo, algunos modos específicos de expresarse han sido objeto de atención explícita por los instrumentos y organismos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Por el contenido expansivo y dinámico de esta libertad, pueden identificarse los diversos tipos de expresión como formas claramente protegidas por el artículo IV de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre¹⁹⁴ y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre los que destaca la expresión simbólica o artística en cualquier forma que esta se manifieste, y que es de interés principal para nuestro trabajo.

¹⁹³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 30.

¹⁹⁴ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en el año de 1948, en la misma que creó Organización de los Estados Americanos (OEA). Desde una perspectiva histórica constituye el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipándose a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada seis meses después. El valor jurídico de la Declaración ha sido muy discutido, debido a que no forma parte de la Carta de la OEA y tampoco ha sido considerada como tratado; la OEA la incluye entre los documentos básicos de derechos humanos y Argentina expresamente la ha hecho parte de su Constitución, otorgándole jerarquía constitucional (Nota del autor).

Ciertos discursos prohibidos por los tratados internacionales no están protegidos por la libertad de expresión, relacionados a contenidos particularmente violentos y gravemente violatorios de los derechos humanos, tales como aquellos sobre apología de la violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios, incitación pública y directa al genocidio, y pornografía infantil.

1.5.3. La Libertad de creación y expresión artísticas como parte de los derechos económicos sociales y culturales

Los derechos económicos sociales y culturales, “son los derechos humanos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación”.¹⁹⁵

Al tratarse de un conjunto de derechos que abordan asuntos económicos, sociales y culturales, muchos autores consideran que la libertad de creación y expresión artística, como parte de los derechos culturales, está inmersa dentro de los derechos económicos sociales y culturales, aunque

Si bien, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos culturales suelen enumerarse juntamente con los derechos económicos y sociales, reciben mucha menos atención y con suma frecuencia son completamente olvidados. Como hizo notar A. Eide, aunque la expresión “económicos, sociales y culturales” se utiliza ampliamente, las más de las veces el interés parece limitarse a los derechos económicos y sociales.¹⁹⁶

Muchos defensores de los derechos culturales consideran que la libertad de creación y expresión artística, está sobrentendida en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹⁷, que dice:

1. Los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a:

¹⁹⁵ Alto Comisionado de los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, Folleto informativo No. 33 (Suiza, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 3.

¹⁹⁶ Janusz Symonides, “Derechos culturales: Una categoría descuidada de derechos humanos” (DESCA: Cultura-Biblioteca UNESCO), <http://www.unesco.org/issj/rics158/symonidesspa.html>.

¹⁹⁷ El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue suscrito y reconocido por Ecuador y está publicado en el *RO* No. 101, 24 de enero de 1969 (Nota del autor).

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados parte en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

En el año 1992 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales celebró un debate sobre el alcance de este artículo, en el cual el representante de Senegal llegó a preparar un documento, en el cual se indicó que el derecho de acceso a la cultura implica también la libertad de participar en una actividad creativa, el acceso a los medios de divulgación y la protección del patrimonio cultural y artístico, posteriormente en la Observación General 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, seguiría esta misma línea, reafirmando la importancia de esta libertad cultural.¹⁹⁸

1.5.4. La Libertad de creación y expresión artística y los derechos culturales

Esta postura teórica parte de la perspectiva que los derechos culturales, constituyen una categoría autónoma que forma parte de los derechos humanos al igual que los derechos civiles, políticos, sociales, colectivos, y ambientales; esta idea fuerza que está presente en el segundo considerando de la Declaración de Friburgo¹⁹⁹, considera que los derechos culturales son, al igual que los otros derechos humanos, expresión y exigencia de la dignidad humana, reivindicando el carácter autónomo de los derechos culturales.

¹⁹⁸ Consejo Económico y Social de la ONU, Observación general N° 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009.

¹⁹⁹ El lanzamiento de la Declaración de Fribourg sobre Derechos Culturales tuvo lugar el 7 de mayo de 2007 en la Universidad de Fribourg y el día siguiente, 8 de mayo de 2007, en el Palais des Nations de Ginebra. El texto fue presentado por el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales (cuyas oficinas centrales se encuentran en el Instituto Interdisciplinario de Derechos Étnicos y Humanos en la Universidad de Fribourg) juntamente con la Organización Internacional de la Francofonía y la UNESCO. La Declaración de Fribourg fue apoyada por más de cincuenta expertos en derechos humanos, así como por una plataforma de ONGs. (Nota del autor)

No podemos negar que los derechos culturales se encuentran dispersos en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, sin que hasta el momento hayan sido sistematizados.

La libertad de creación y expresión artística podemos encontrarla, en varios instrumentos internacionales, que abordan en sus contenidos, cuestiones relativas a derechos culturales, entre los que se destacan cuatro, que paso a explicar inmediatamente.

1.5.4.1. Carta cultural Iberoamericana

La Carta Cultural Iberoamericana²⁰⁰ es una declaración regional que trata de encontrar un marco común en los asuntos culturales en la esfera de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, que si bien no existe jurídicamente y conforme al Derecho Internacional Público como una organización jurídica propiamente dicha, se trata más bien de un concepto humanístico, recogido en el primer párrafo de la Declaración de Salamanca de 2005 de la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.²⁰¹

Dentro de este ambiente, se aprobó un documento llamado Carta Cultural Iberoamericana en la XVI Cumbre Iberoamericana de Montevideo Uruguay, en noviembre de 2006, que fue consecuencia del seminario “Economía y Cultura: La tercera cara de la moneda” realizado en Bogotá, en la que el jurista español y pionero en el tema de Derechos Culturales en Iberoamérica, Jesús Prieto de Pedro lanza la idea de una Carta cultural que ayude a la región iberoamericana a poner en valor y preservar su riqueza y diversidad cultural. Luego de varios análisis y debates sobre el tema, que se llevaron a efecto durante varios años, la Organización de Estados Iberoamericanos, decide aprobar la Carta Cultural Iberoamericana.

El valor de la Carta nace de su función como instrumento de integración regional de la cultura, y teóricamente podríamos decir que la Comunidad Iberoamericana de

²⁰⁰ Ecuador ha participado activamente en las actividades vinculadas a la Carta Cultural Iberoamericana, inclusive fue sede del Foro temático sobre culturas tradicionales, indígenas, afrodescendientes y poblaciones migrantes; realizado en la ciudad de Otavalo, provincia de Imbabura el 4 y 5 de mayo de 2009 (nota del autor).

²⁰¹ El texto íntegro de la Declaración de Salamanca del año 2005, puede leerse en el sitio web de la Organización de Estados Iberoamericanos, <<http://www.oei.es/xvcumbredc.htm>>, consulta: el 22 de mayo de 2013.

Naciones como la primera región cultural supranacional que apuesta construir el Espacio cultural iberoamericano, justamente inspirado la Carta.

En lo que tiene que ver de manera puntual con el tema de la libertad de creación y expresión artística, en febrero de 2008 en Santo Domingo, República Dominicana, se reunió el primer Foro de creación artística para el desarrollo del Plan de acción de la Carta Cultural Iberoamericana, en el cual se llega a plantear y sistematizar las siguientes cuestiones, a las cuales lamentablemente hasta el momento no se les ha dado la importancia que tienen, al señalar aquellos elementos que deben ser considerados en el debate sobre libertad de creación artística, y que podríamos sintetizar en los siguientes:

La necesidad de poner en claro la dimensión y alcance de lo que significa en el ámbito jurídico constitucional, la libertad de creación cultural, y establecer de manera clara las garantías institucionales para su ejercicio; aspecto que no ha sido asumido por los Estados en general. Particularmente, en el caso ecuatoriano se ha llegado al reconocimiento constitucional de la libertad de creación y expresión artística, pero hay que darle contenido y efectividad a esta libertad pública.

El hecho de sugerir la necesidad de un estatuto del creador iberoamericano,²⁰² es otra cuestión importante, el documento de conclusiones y propuestas del Foro de creación artística para el desarrollo del plan de acción de la carta cultural iberoamericana redactado en Santo Domingo en el mes de febrero de 2008, en sus dos primeras conclusiones destaca la necesidad de realizar un análisis jurídico constitucional, en los países de la región, de la libertad de creación cultural y de sus garantías institucionales; y la formulación de las Bases para un Estatuto del Creador en la región Iberoamericana tomando en cuenta aspectos tales como el régimen laboral, el régimen de protección social, el régimen fiscal, y la movilidad transnacional de los artistas y la posible creación de una visa del artista.²⁰³

²⁰² El Tribunal Supremo español en sentencia RJ 1987\4006, del 5 de junio de 1987, sala de lo Contencioso-Administrativo: artículo 20 CE dice: “La elevación al rango constitucional artículo 20.1.b) del derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica introduce relevantes factores de derecho público en la comprensión del nexo jurídico entre el autor y la obra producida como fruto de su actividad creadora; factores cuya presencia en el orden constitucional obligan a superar el tradicional enfoque de dicho nexo desde una visión estrictamente iusprivatista que se plasma en la regulación del instituto jurídico de la propiedad intelectual, entendida esta como el conjunto de facultades patrimoniales atribuidas al autor de una obra literaria, científica o artística para explotarla económicamente y disponer de ella a su voluntad[...]” (Nota del autor).

²⁰³ Foro de creación artística para el desarrollo del plan de acción de la Carta Cultural Iberoamericana, Recomendaciones y propuestas específicas sobre la creación artística en la Carta Cultural

No se puede dejar como tarea pendiente el tema de financiamiento y créditos culturales para creadores y empresas culturales, pues la triste experiencia es que no existe inversión para garantizar la auténtica libertad de creación y libertad artística, esto ocurre como consecuencia de que el sector con mayores limitaciones, al menos en Ecuador, es el sector cultura. Por ello si no existen recursos económicos y diversificación de los mismos, puestos al alcance de los creadores, además de facilitar el acceso al espacio público, con incentivos fiscales, y se da paso una verdadera democratización en las relaciones de poder,²⁰⁴ permitiendo un auténtico reconocimiento a la dignidad de los seres humanos que están detrás de las expresiones artísticas, el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística será imposible.²⁰⁵

1.5.4.2. Declaración de la Diversidad Cultural²⁰⁶

El concepto diversidad cultural tiene que ver con el grado de variación cultural, alrededor del mundo, o en ciertos espacios territoriales, en que existe interacción de culturas dispares y múltiples, pero que coexisten.

Hoy se considera que la diversidad de culturas es parte del patrimonio común de la humanidad, y por tanto se promueven políticas favorables a ella, principalmente enfocadas a la preservación y promoción de dicha diversidad.

El tema de la diversidad cultural está íntimamente ligado al de la diversidad de la creatividad, por tal razón la UNESCO, a partir de la premisa que todas las culturas son

Iberoamericana, Santo Domingo, 2008, este documento puede consultarse en el sitio web: <www.oei.es/historico/carta/ForoRD.pdf>, consulta: 20 de noviembre de 2015.

²⁰⁴ Pierre Bourdieu, *Sociología y cultura*, trad. por Martha Pou (México DF: Grijalbo, 1990).

²⁰⁵ Respecto a este tema, Pierre Bourdieu, considerado el sociólogo de la cultura, en una entrevista publicada en el sitio web Ciencias Sociales hoy, dice: “Cualquier campo científico o cultural es un microcosmos dentro del macrocosmos. *Cada campo es una pequeña República en la que están los dominados y los dominadores, y también las relaciones de poder, aunque no todos los poderes son del mismo tipo.* El poder que ejerce un gran matemático sobre un pequeño matemático no es igual que el que ejerce un patrón sobre un obrero. Los matemáticos son los más autónomos, nadie entiende lo que hacen, incluso los periodistas no se meten. Son como los poetas de vanguardia, que están al margen de todo y por esa razón pueden permanecer puros, pero a costa de quedar fuera de juego. Por su parte, todas las personas que están entre estos dos ámbitos, como los sociólogos o los economistas, se encuentran particularmente amenazados e intentan construir su campo con sus propias leyes. Pero como de lo que hablan es del dominio público, todo el mundo juzga: los obispos, la gran prensa, el público en general. Este fenómeno es un poco inquietante desde el punto de vista del futuro de las disciplinas artísticas, literarias, jurídicas, filosóficas” (énfasis añadido). La entrevista completa se puede leer en el sitio web <<http://aquevedo.wordpress.com/tag/poder-cultural/>>, consulta: 11 de junio de 2013.

²⁰⁶ La Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural fue adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001 (Nota del autor).

iguales en dignidad, promueve la idea de que estas a su vez deberían beneficiarse de las posibilidades de desarrollo que brindan las industrias creativas gracias al refuerzo de los mercados locales y a un mejor acceso a los mercados internacionales, en especial mediante la cooperación internacional, con el propósito de que la creación artística contribuya a la reducción de la pobreza y de las desigualdades, y apoye al fortalecimiento de la cohesión social; “El interés en las industrias culturales y su rápida aceptación como un modelo para abordar los problemas del desarrollo en el plano económico y político no es nuevo. No obstante, se deben superar obstáculos como el de convencer a los encargados de las políticas públicas de incluirlas en la formulación de la política económica y la planificación del desarrollo estratégico.”²⁰⁷

Según el Informe Mundial de la UNESCO, *Invertir en la Diversidad Cultural y el Diálogo Intercultural* del año 2010, la creatividad es fundamental para la diversidad cultural, y la diversidad cultural es propicia para la creatividad, pues se entiende que en este contexto la creatividad se aplica a toda una serie de actividades humanas, desde las artes y las ciencias hasta el mundo del comercio, incluidas la invención y la innovación tanto de individuos como de grupos y sus instituciones.²⁰⁸

En este orden de ideas, se puede ver como por ejemplo, la música popular, se presenta como el sector en el que las tensiones se dejan sentir con más fuerza, ya que por una parte los artistas locales están presionados a explotar su talento creador y competir muchas veces en desigualdad de condiciones en un mercado cada vez más global; y por la otra, el artista local se siente avasallado por procesos de aculturación relacionados con la asimetría de los flujos culturales mundiales, lo que genera una situación de incertidumbre y de caos para el creador.

En el caso de la música popular, cuatro de los cinco grandes conglomerados de la industria musical tienen su sede en los EUA, otro está en el Reino Unido, y los países occidentales, junto con el Japón y la República de Corea, dominan el mercado musical,

²⁰⁷ Álvaro Moreno, “Industria cultural: La economía naranja”, *LatinTrade.com*, <<http://latintrade.com/es/industria-cultural-la-economia-naranja/>>, consulta: 20 de noviembre de 2015.

²⁰⁸ UNESCO, *Informe Mundial Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural*, ONU para la educación, la ciencia y la cultura, 2010, 191.

en tanto que Brasil es el único país en desarrollo que figura entre los 20 primeros mercados comerciales de los países sudamericanos.²⁰⁹

Esto evidencia como en medios impresos, grabados y audiovisuales se registran fuertes desequilibrios en los intercambios culturales entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, aunque por supuesto, no se puede olvidar que las nuevas tecnologías vinculadas a internet están alterando profundamente la distribución de la música y el acceso a esta, ofreciendo distintas posibilidades de diversificación de los flujos creativos en este sector.

Sin embargo, en el fondo hay cuestiones de tipo político y condicionamientos económicos, puesto que la diversidad cultural por su naturaleza, es un área de actuación política multifacética, enraizada en múltiples realidades y con preeminencias cambiantes, que se vinculan de forma dispar en los distintos niveles territoriales nacional, regional e internacional, abrazando asuntos tan amplios que inclusive desborda el tema central de interés del presente trabajo de investigación.

1.5.4.3 Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales²¹⁰

En este documento se encuentra un conjunto de conceptos fundamentales, que sin lugar a dudas constituyen el punto de partida para la reconfiguración de la noción de cultura hoy manejada.

El objetivo fundamental de la Convención es reforzar los cinco eslabones inseparables de una misma cadena: la creación, la producción, la distribución / diseminación, el acceso y el disfrute de las expresiones contenidas en las actividades culturales, los bienes y los servicios.

Si bien las personas, las comunidades y los pueblos tienen derecho a que se respete su diversidad cultural, la consecuencia lógica es que hay que arbitrar fórmulas para que

²⁰⁹ Helmut Anheier e Isar Yudhushthir, edit. *The Cultures and Globalization: The Cultural Economy* (Londres: SAGE Publications, 2008).

²¹⁰ La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, conocida también como Convención para la Diversidad Cultural, es un convenio de la UNESCO de carácter vinculante adoptado por la Conferencia General de la UNESCO el 20 de octubre de 2005. El 8 de noviembre de 2006, Ecuador depositó ante el Director General su instrumento de adhesión a la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (nota del autor).

esto pueda hacerse realidad, y para ello es necesario legislar en este sentido, conceder estímulos para que las diferentes culturas puedan subsistir y desarrollarse y protegerlas de las agresiones de una concepción demasiado economicista de los productos y servicios culturales, al ser considerados como cualquier otra mercancía.

Debe quedar en claro que los bienes y servicios culturales por su naturaleza definitivamente no son una mercancía sujeta exclusivamente a las leyes del mercado, y por el contrario deben estar excluidos de las reglas de liberalización de la Organización Mundial del Comercio (OMC)²¹¹ al igual que, por ejemplo, los temas de salud pública.

En su momento, el debate sobre la coexistencia entre la diversidad cultural y las dinámicas homogeneizadoras de la globalización cobró relevancia en el plano internacional. Al abordar el lugar de los productos culturales en los acuerdos internacionales de carácter comercial, destacándose claramente dos visiones distintas: la primera, de los EUA que consideran las industrias culturales como productos de entretenimiento que bien podrían estar sometidos a las reglas del comercio internacional, y la segunda visión, defendida por países como Canadá, Francia y México que consideran a los productos culturales como bienes portadores de valores, ideas y sentidos, los cuales definen la identidad cultural de una colectividad, y siendo esenciales para el funcionamiento democrático deberían ser excluidos de los acuerdos internacionales de carácter comercial, a través de la llamada excepción cultural, por la cual los productos culturales, en especial el cine y la música, no deben ser tratados como simples objetos de transacción mercantil. Con otras palabras, que no estén sometidos a la liberalización de mercados que obliga a los Estados e instituciones a no subvencionar o proteger ciertos artículos con medidas que preserven su existencia y viabilidad ante competidores más fuertes y bien asentados.

Sin lugar a dudas, este debate es importante porque se está discutiendo, la relación cultura-comercio, a partir de un cuestionamiento cultural y no de una lógica utilitarista y comercial, en la cual se plantea también por primera ocasión el reconocimiento de la

²¹¹ La Organización Mundial del Comercio (OMC) fue establecida en 1995, sirve de foro para la negociación de acuerdos encaminados a reducir los obstáculos al comercio internacional y ofrece un marco jurídico e institucional para la aplicación y la vigilancia de esos acuerdos. No forma parte del sistema de las Naciones Unidas (nota del autor).

diversidad cultural como un principio autónomo,²¹² no menos legítimo que el principio de la libertad de comercio, lo cual constituye un significativo avance político que reafirma la aspiración general de que la globalización se vea regulada por reglas negociadas colectivamente, en lugar de un sometimiento global a las relaciones forzadas o a la ley del mercado.

Tras reiterados debates sobre la tesis de la excepción cultural, esta ha seguido paulatinamente siendo superada y sustituida por un modelo más amplio y consensual, en virtud de la defensa de la diversidad cultural, aunque en Europa dentro del marco de los acuerdos comerciales entre la Unión Europea y EUA, Francia y España han vuelto a plantear el tema de la excepción cultural, actualizando una vez más el debate.

En síntesis diremos que la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales es un instrumento internacional vinculante cuya mayor dificultad ha sido pretender humanizar la globalización, al constituirse en una plataforma innovadora para la cooperación cultural internacional, que promoviendo políticas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, ha sido capaz de reconocer la doble naturaleza, económica y simbólica, de las actividades, bienes y servicios culturales, lo que en la práctica constituye un razonable contrapeso, aunque no suficiente a los acuerdos comerciales que se manejan desde una lógica puramente utilitarista.

Hay que destacar que no se trata simplemente de una convención sobre la diversidad multicultural y lingüística, como comúnmente se cree, tampoco constituye una barrera para la circulación de bienes y servicios culturales extranjeros.

La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales, tiene profunda relación con la libertad de creación y expresión cultural, como queda expresado en su artículo 4 cuando dice que la diversidad cultural se manifiesta no solo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad, mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través

²¹² Con respecto a esto, CERLALC-UNESCO en el documento *OMC, Servicios culturales, excepción y diversidad cultural 2000*, sostiene: que del mismo modo que la biodiversidad, es decir, la inmensa variedad de formas de vida desarrolladas durante millones de años es indispensable para la supervivencia de los ecosistemas naturales, los ecosistemas culturales compuestos por un complejo mosaico de culturas, necesitan de la diversidad para preservar su valioso patrimonio en beneficio de las generaciones futuras (nota del autor).

de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados.

1.5.4.4. Declaración de Friburgo sobre derechos culturales

Hasta el momento no existe de manera puntual una declaración de derechos culturales o algún documento aprobado por la Naciones Unidas o algún sistema regional de protección de los derechos humanos, en el cual se hayan sistematizado estos derechos, lo que sí se tiene es aquellos instrumentos internacionales, que como ya se ha analizado en párrafos anteriores promueven el respeto y la protección de la diversidad y de la integridad cultural.

En el año de 1991, y tomando como referencia el artículo “Derechos culturales: Una categoría descuidada de derechos humanos”²¹³ escrito por Janusz Symonides se realiza un seminario en la Universidad de Friburgo, en este se plantea que el problema de los derechos culturales tiene que ver con la circunstancia de que estos derechos son descuidados o subestimados en relación con los demás derechos humanos; por tanto se sugiere tomar contacto con la UNESCO para preparar un proyecto de declaración sobre los derechos culturales. El trabajo se lleva adelante por el llamado Grupo de Friburgo²¹⁴, integrado principalmente por personalidades comprometidas con la defensa de los derechos humanos.

El 7 de mayo de 2007, se presenta un documento, que revela que los instrumentos existentes definen los derechos culturales de forma fragmentaria y que es indispensable un instrumento amplio y declaratorio para demostrar la naturaleza específica de los derechos culturales y la dimensión cultural de los derechos humanos en su conjunto; este documento es lo que conocemos como *Los derechos culturales. Declaración de Friburgo*, que si bien es hoy considerado la mejor síntesis y codificación de los derechos

²¹³ El artículo está disponible en <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2012/09/120919.pdf>.

²¹⁴ El Grupo de Friburgo (Suiza) coincidiendo con los planteamientos de Januzs Symonides, afirmaba que los derechos culturales eran una “categoría subdesarrollada” de los derechos humanos, este grupo de expertos lanzó en 2007 una Declaración de Derechos Culturales, que fue uno de los esfuerzos más representativos del trabajo de la sociedad civil en este camino hacia su esclarecimiento (nota del autor).

culturales, creemos que aún tiene ciertas problemas en su base conceptual y en su sistematización, por tanto tiene un carácter eminentemente académico.

Desde la visión del autor de este estudio, se considera que la Declaración de Friburgo, tiene problemas en cuanto a su base conceptual, porque se abstiene de plantear una definición sobre derechos culturales, y en su lugar, más bien, se da a la tarea de definir temas como cultura, identidad cultural y comunidad cultural; y en cuanto a los problemas de sistematización, si bien reconoce que los derechos culturales están dispersos en un gran número de instrumentos de derechos humanos,²¹⁵ se limita a puntualizar unos y deja afuera otros, razón por la cual si bien se realiza un intento por estructurar y organizar la dispersión de derechos culturales existentes, en su alcance y extensión la Declaración de Friburgo, finalmente resulta insuficiente y fragmentaria.

La Declaración de Friburgo, señala que la responsabilidad respecto a los derechos culturales corresponde a los Estados, los actores públicos y a las organizaciones internacionales, de tal forma que los Estados deben hacerse responsables de integrar en sus legislaciones y prácticas nacionales los derechos culturales, que incluye respetar, proteger y satisfacer los derechos y libertades, en condiciones de igualdad, consagrando el máximo de recursos disponibles para asegurar su pleno ejercicio, y asegurar a toda persona que, individual o colectivamente, alegue la violación de derechos culturales, el acceso a recursos efectivos, en particular, jurisdiccionales; asimismo deberán reforzar los medios de cooperación internacional necesarios para esta puesta en práctica y en particular, intensificar su interacción en el seno de las organizaciones internacionales. Las organizaciones internacionales serán responsables de asegurar que los derechos culturales y la dimensión cultural de los derechos humanos sean tomados en consideración de manera sistemática, velando por su inserción coherente y progresiva en todos los instrumentos pertinentes y sus mecanismos de control, y contribuyendo al desarrollo de mecanismos comunes de evaluación y control transparentes y efectivos.

²¹⁵ Farida Shaheed, Experta independiente en la esfera de los derechos culturales de la ONU, en su informe presentado de conformidad con la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos el 22 de marzo de 2010 manifiesta: “En los instrumentos internacionales y en la práctica de los mecanismos de derechos humanos se encuentran muchas referencias explícitas e implícitas a los derechos culturales, tal como se ha señalado. Entre las referencias explícitas se incluyen derechos que se refieren expresamente a la cultura. Entre las referencias implícitas se incluyen derechos que, aunque no se refieren específicamente a la cultura, pueden constituir una importante base jurídica para la protección de los derechos culturales tal como se han definido” (nota del autor).

Podemos decir que si bien la Declaración de Friburgo es un primer documento que busca sistematizar los derechos culturales, evidencia que estos derechos son otra manifestación y exigencia de la dignidad humana.

En la esfera de la libertad de creación y expresión artística, la Declaración de Friburgo señala en su artículo 5 que toda persona, individual y colectivamente tiene el derecho y la libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios, sin embargo poco o nada se dice sobre el carácter reivindicativo de esta libertad cultural, cuya naturaleza da contenido a otros derechos culturales muchas veces inadvertidos como el derecho a cuestionar los parámetros existentes en torno a la sociedad, la política, la economía, el poder, la opresión y las injusticias, y el derecho a crear y reinventar continuamente a la cultura como proceso vivo, renovable y dinámico en beneficio de las generaciones presentes y futuras, lo que va a asegurar que los derechos humanos de todas las personas, pueblos y comunidades, en un proceso de adaptación continua, promuevan la capacidad de creación, innovación y expresión de la realidad desde aquel sueño que para muchos puede resultar utópico, el sueño de construir de un mundo mejor.

1.5.5. La libertad de creación y expresión artística como parte del derecho a participar en la vida cultural de la comunidad²¹⁶

La Observación General No. 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, artículo 15, párrafo. 1:

“a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que el derecho a la participación en la vida cultural, está íntimamente relacionada con y el derecho a la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora artículo 15, párrafo 3 del mismo Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el párrafo 15, literal c) de la referida Observación General No. 21, se manifiesta que la contribución a la vida cultural se refiere al derecho de toda persona a

²¹⁶ El art. 27, num. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, manifiesta: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten” (nota del autor)

contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad, actividad en la que estaría sobrentendida la libertad de creación y expresión artística.

Finalmente, en el párrafo 49, literales b) y c) de forma explícita se hace referencia a la obligación de los Estados de respetar:

b) La libertad de opinión, la libertad de expresión en el idioma o los idiomas que elija y el derecho a buscar, recibir y transmitir información e ideas de todo tipo e índole, *incluidas las formas artísticas*, sin consideración de ninguna clase de fronteras.

Ello entraña el derecho de toda persona a tener acceso a diversos intercambios de información y a participar en ellos, así como a tener acceso a los bienes y servicios culturales, entendidos como portadores de identidad, de valores y de sentido.²¹⁷

c) *La libertad de creación*, individualmente, en asociación con otros o dentro de una comunidad o un grupo, lo que implica que los Estados parte deben abolir la censura de actividades culturales que hubieran impuesto a las artes y otras formas de expresión” (énfasis del autor).

Decir que el derecho a participar en la vida cultural es un derecho humano como lo son los derechos civiles y políticos, puede resultar exagerado para muchas personas, sin embargo el desarrollo de los derechos humanos en la actualidad apostado por abandonar la visión esencialista de la noción de cultura, dando paso a una idea dinámica que reconoce a las expresiones culturales como fluidas y cambiantes, capaces de relacionarse entre sí y vinculadas con las relaciones económicas y de poder

Esta observaciones general N° 21 es muy útil para clarificar el contenido concreto de los derechos y las obligaciones estatales que de ellos derivan, pudiendo ser muy práctica para orientar el diseño de las políticas públicas culturales en múltiples ámbitos, que van desde la participación, los grupos vulnerables, por los bienes y servicios culturales, las artes vivas, la creación artística independiente, la interculturalidad, el espacio público, la sociedad civil, y por supuesto la libertad de creación y expresión artística.

²¹⁷ Declaración Universal sobre la diversidad cultural, párrafo 8.

1.5.6. La libertad de creación y expresión artística como parte de las libertades culturales

En este apartado nos referimos al conjunto de libertades que las personas ejercen en la esfera de lo cultural y que permiten ampliar las opciones individuales y colectivas, y no en preservar valores ni prácticas como un fin en sí mismo con una lealtad obsesiva hacia la tradición, con independencia de su respeto hacia la dignidad humana.

Referirse a las libertades culturales constituye un aspecto primordial del desarrollo humano y exige trascender las oportunidades sociales, políticas y económicas ya que estas, por sí solas, no garantizan la libertad humana en general.

Las libertades culturales se pueden valorar desde un enfoque que integre en su análisis, la posibilidad de atender las necesidades básicas y cuánto pesan las necesidades culturales en lo individual, lo propio en la dimensión colectiva, y la evaluación de la relación, en cuanto a los factores de convocatoria común con o sin ayuda del gobierno, y aquellas que se impulsan desde el Estado para fomentar los procesos de identidad nacional.

Las libertades culturales cada día toman mayor importancia, al punto que en el Informe Global para el Desarrollo humano, del año 2004, del PNUD,²¹⁸ se consideró a las libertades culturales tan vitales para el desarrollo humano como lo son la democracia y las oportunidades económicas.

Dentro de estas libertades culturales, como es natural se encuentra la libertad de creación y expresión artística, pues el arte es capaz de construir y reconstruir la conciencia humana en su integridad: la unidad de puntos de vista y la psicología de la cosmovisión y la sensación del mundo, como un modo de ampliación y enriquecimiento de la experiencia vital del hombre en el sentido dictado por los intereses de la sociedad.²¹⁹

Pero la libertad de creación y expresión artística no solamente se refiere al derecho de los artistas a crear y expresar su arte, sino que además comprende el derecho a apreciar libremente las expresiones y creaciones artísticas y contribuir a ellas con libertad,

²¹⁸ PNUD, *Informe sobre el desarrollo humano 2004*.

²¹⁹ Marilys Marrero Fernández, “La libertad estético-artística en el marxismo”, <http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2011/mmfl/libertad%20estetico%20artistica%20en%20el%20marxismo.htm>, consulta: 15 de octubre de 2013.

mediante la práctica individual o conjunta, a tener acceso a las artes y disfrutar de ellas y a difundir sus expresiones y creaciones.²²⁰

1.6. La libertad de creación y expresión artística como bien jurídico tutelado por la propiedad intelectual

Una de las facetas que vale la pena analizar en el presente estudio, es aquella que relaciona a la creación y expresión artística, con los regímenes de propiedad intelectual.

La Convención Universal sobre Derechos de Autor de la UNESCO,²²¹ dice en su artículo 1, que cada uno de los Estados contratantes se compromete a tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura.

Y del mismo modo, la Decisión 351 sobre Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Comisión del acuerdo de Cartagena²²², dispone en su Artículo 1, que las disposiciones de la presente decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.

Los preceptos internacionales, antes señalados, sugieren una lectura en el sentido de que la única manera de que la libertad de creación y expresión artística pueda ser reconocida ente es a través de la tutela de los Derechos de Autor, y que por consiguiente con una adecuada garantía de los derechos que asisten a los creadores en cuanto a sus derechos morales y patrimoniales, se estaría haciendo efectiva de una forma práctica y objetiva el ejercicio digno de la libertad de creación y expresión artística.

²²⁰ Ver apartado 85, Conclusiones y recomendaciones del “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales Shaheed, El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas”, <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>>, consulta: 15 de octubre de 2013.

²²¹ Declaración anexa relativa al artículo XVII y resolución relativa al artículo XI, adoptado/a el 6 de septiembre de 1952 en Ginebra, y cuya entrada en vigor fue el 16 de septiembre de 1955.

²²² Aprobada en el Sexagesimoprimer Período Ordinario de Sesiones de la Comisión, 17 de diciembre de 1993, Lima-Perú.

Se considera que este argumento se enfoca solamente en un aspecto extremadamente reducido, en lo que tiene que ver con la complejidad del acto de creación y su exteriorización y divulgación, pues su enfoque es exclusivamente en la obra, lo cual y como ya se analizó en párrafos anteriores, es un resultado del proceso creativo, puesto que “es un criterio generalizado que el derecho de autor solo protege las creaciones formales y no las ideas contenidas en la obra, pues las ideas no son obras y su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas”.²²³

Además, reducir el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística a un simple discurso sobre derechos de autor, disfraza un hecho evidente:

Impulsadas por los intereses económicos presentes tras las nuevas tecnologías, las leyes que regulan los derechos relacionados con las obras creativas fueron evolucionando; no precisamente hacia una mayor protección al creador, ni para otorgar mayores derechos a quienes necesitan un mayor acceso, sino a favor de garantizar la obtención de ganancias de los inversionistas involucrados.²²⁴

Evidentemente, la relación entre libertad de creación y expresión artística y derechos de autor plantea un problema teórico, en el sentido que habría que determinar si son dos cuestiones antagónicas o conexas, y si esta relación es conflictiva o complementaria. Parecería que la efectividad de la garantía de ejercicio de la libertad de creación y expresión artística depende de la funcionalidad de un régimen legal de protección de los derechos de autor; sin embargo, si no hay acto creativo y exteriorización de dicho acto, no habría obra, y al no haber obra artística, los derechos de autor tendrían que custodiar o preservarla.

El Convenio de Berna²²⁵ para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas en su art. 2, num. 1, señala que:

²²³ Alfredo Vega Jaramillo, *Manual de Derecho de Autor* (Bogotá: Dirección Nacional de derecho de autor-Unidad administrativa especial / Ministerio del interior y de justicia, 2010), 16.

²²⁴ Lilian Álvarez Navarrete, *Derecho de ¿autor? El debate de hoy* (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2006), 34.

²²⁵ El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, es un tratado internacional sobre la protección de los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas. Su primer texto fue firmado el 9 de septiembre de 1886, en Berna (Suiza). Ha sido completado y revisado en varias ocasiones, siendo enmendado por última vez, el 28 de septiembre de 1979 (Nota del autor).

Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las *producciones* en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.²²⁶ (Énfasis añadido)

El párrafo antes transcrito, evidencia que la protección de los derechos de autor recae sobre las *producciones*, y no sobre el ejercicio de un derecho de libertad, toda vez que los derechos de autor podrían llegar a constituir ciertos “monopolios injustificables otorgados por la legislación gubernamental. No es sorprendente que –como apunta Palmer– “el privilegio monopolístico y la censura se encuentran en la raíz histórica de las patentes y los derechos de autor”.²²⁷

1.7. La libertad de creación y expresión artística como parte de la libertad de expresión general

La posición jurídica más común, y en la que quizás exista un acuerdo en la mayoría de las personas, considera que la libertad de creación y expresión artística, constituye una manifestación o una faceta más de la libertad de expresión en general.

El reconocimiento de la libertad de expresión tiene su origen en el principio de reconocimiento de la libertad de imprenta, recogido en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, considerado uno de los *grandes baluartes de la libertad*; posteriormente, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 11, va a señalar que “artículo 11.- La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre. Todo

²²⁶ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de septiembre de 1886, completado en París, el 4 de mayo de 1896; revisado en Berlín, el 13 de noviembre de 1908; completado en Berna, el 20 de marzo de 1914, revisado en Roma, el 2 de junio de 1928; en Bruselas, el 26 de junio de 1948; en Estocolmo, el 14 de julio de 1967; en París, el 24 de julio de 1971, y enmendado, el 28 de septiembre de 1979 (Nota del autor).

²²⁷ Stephan N. Kinsella, “Contra la propiedad intelectual”, *Journal de Estudios Libertarios* 15, No. 2, (primavera de 2001), 34-5.

ciudadano puede pues hablar, escribir, imprimir libremente, salvo la obligación de responder del abuso de esta libertad en los casos fijados por la ley”.²²⁸

Inicialmente, la libertad de expresión se asumió como un medio para al avance de las artes y las ciencias, según la visión de los ilustrados, sin embargo aparecería luego la idea del *mercado de ideas* en el pensamiento jurídico norteamericano tal y como expresa el famoso juez Oliver Wendell Holmes en *The Great Dissen*, considerado el voto salvado más importante en la historia de la Corte Suprema de los EUA, y que plantea los siguiente:

La persecución por la expresión de una opinión me parece perfectamente lógica. Si no existe duda acerca de tus premisas o de tu poder y quieres un resultado determinado con todo tu corazón, es natural que expreses todos tus deseos en la ley y elimines toda oposición[...]. Pero cuando los hombres reconocen que el tiempo ha debilitado ideas contrapuestas, ellos pueden llegar a creer aún más que los fundamentos de su propia conducta, que el deseado bien común se alcanza de mejor manera a través del libre intercambio de ideas, que la mejor prueba de veracidad de una idea es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competición del mercado de ideas[...].²²⁹

Sin embargo, con la llegada de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, la libertad de expresión sería elevada al rango de un derecho de reconocimiento internacional, pues según el artículo 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

El pacto relativo de derechos civiles y políticos, de la ONU, reconoció la libertad artística como componente de la libertad de expresión en su artículo 19, numeral 2, que manifiesta que, 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.

²²⁸ Asamblea Nacional del pueblo francés de 1789, “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, <<http://www.profesorenlinea.cl/universalhistoria/RevFraDchosH.htm>>, consulta: 20 de mayo de 2015.

²²⁹ Corte Suprema de EUA, caso *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

La Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969, a nivel regional reafirma este criterio cuando en su artículo 13, numeral 1 señala que 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 consideraciones de fronteras, *ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística*, o por cualquier otro procedimiento de su elección y gusto.

Y justamente la incorporación de la expresión artística, hace que esta sea entendida como parte de la libertad de expresión en general, cuestión que, por ejemplo, se da por sobrentendida en el Principio 1 de la Declaración de Principios sobre libertad de Expresión de la OEA.

La libertad de expresión, en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos, se concibe como un derecho fundamental de la persona, que antecede incluso al Estado; es decir, se lo ha caracterizado como un atributo de las personas consustancial con su naturaleza humana, que no es creado ni otorgado por el Estado. Esta idea se encuentra en el propio preámbulo de la Convención al señalar que se reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

La Corte IDH en su opinión consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, señala que la libertad de expresión no solo consiste en un derecho individual que obliga a que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, sino que también implica “un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.²³⁰

En la práctica, son las expresiones políticas son las que obtienen el mayor grado de protección, y en cuanto a las expresiones de tipo artístico, suelen recibir una menor protección, lo que conlleva a que ante este tipo de expresiones del pensamiento y la creatividad, existiría un mayor espacio para que se den interferencias, restricciones censuras e intromisiones.

²³⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 30. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica, La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos) 13 de noviembre de 1985. (Nota del autor)

La jurisprudencia interamericana ha reconocido que el ámbito de protección de la libertad de expresión es casi tan extenso como las posibilidades de comunicación entre las personas, y que esta libertad cubre una gran cantidad de modalidades expresivas, tanto desde el punto de vista formal como de contenidos; sin embargo, algunos modos específicos de expresarse han sido objeto de atención explícita por los instrumentos y organismos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Por el contenido expansivo y dinámico de esta libertad, pueden identificarse los diversos tipos de expresión como formas claramente protegidas por el artículo IV de la Declaración Americana y el artículo 13 de la Convención Americana, entre los que destaca la expresión simbólica o artística en cualquier forma que esta se manifieste, y que es de interés principal para nuestro trabajo; sin embargo no se trata de una libertad absoluta, pues ciertos discursos prohibidos por los tratados internacionales no están protegidos por la libertad de expresión, relacionados a contenidos particularmente violentos y gravemente violatorios de los derechos humanos, tales como aquellos sobre apología de la violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios, incitación pública y directa al genocidio y pornografía infantil. Un caso paradigmático que incorpora la libertad de creación y expresión artística a la libertad de expresión en general, es el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, cuya sentencia emitida el 5 de febrero de 2001 por la Corte IDH en contra de Chile, permitió la exhibición de la película intitulada *La última tentación de Cristo* en las salas de cine y ordenó la modificación del texto constitucional que establecía un sistema de censura.²³¹

La película, al igual que la novela, plantea en su argumento la hipotética vida de Jesús, en caso de no haber aceptado ser el Mesías de Dios, razón por la cual la película fue prohibida o censurada durante años en Turquía, México, Chile y Argentina. En Chile se prohibió su exhibición hasta el pronunciamiento de la Corte IDH, sin embargo hasta el año 2010, el filme seguía siendo censurado en Filipinas y Singapur.

Para el presente estudio, es de interés las consideraciones de la Corte IDH, sobre libertad de expresión artística, párrafo 61, literal c: el deber de no interferir con el goce del derecho de acceso a información de todo tipo se extiende a “la circulación de

²³¹ *La última tentación de Cristo* es una obra cinematográfica dirigida por el estadounidense Martin Scorsese, que fue una adaptación de la novela homónima de autoría del reconocido escritor, poeta y filósofo griego Nikos Kazantzakis (Nota del autor).

información y a la exhibición de obras artísticas que puedan no contar con el beneplácito personal de quienes representan la autoridad estatal en un momento dado²³² (énfasis del autor).

Evidentemente, la protección que se hace a la obra artística, se la realiza al amparo de la libertad de expresión en general, ratificándose por medio de la jurisprudencia interamericana el postulado que se analiza. El carácter artístico especial de la obra está reconocida en la misma sentencia, cuando en el párrafo 77 expresa textualmente: Comisión de Derechos Humanos considera que la referida película, “es a su juicio una obra de arte”.²³³

Del mismo modo, en el caso Muller vs. Suiza, el Tribunal europeo de derechos humanos se expresó en esta misma línea:

Es indudable que el artículo 10 no especifica que la libertad de expresión artística controvertida se incluya en su ámbito de aplicación; pero no distingue entre las diversas formas de expresión. Como los comparecientes reconocen, comprende la libertad de expresión artística, especialmente, en la libertad de recibir y comunicar informaciones e ideas que permite participar en el público intercambio de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales de cualquier naturaleza. Si fuera necesario, confirmaría el acierto de esta interpretación el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 10, puesto que las actividades de las “empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión” entran en el ámbito artístico. Por su parte, el artículo 19.2 del Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, *que incluye expresamente dentro de la libertad de expresión las informaciones e ideas “de forma artística”, demuestra que dicho concepto de libertad es lo suficientemente amplio para abarcar la expresión artística.*²³⁴ (Énfasis añadido)

En la experiencia europea, los jueces aplican reiteradamente el artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos para incluir la libertad artística en la libertad de expresión, al considerar que las obras del espíritu pueden permitir al creador expresar sus ideas, a pesar de que este instrumento internacional no hace una referencia explícita a la libertad de creación y expresión artística, como se puede apreciar en varios casos tales como Vereinigung Bildender Künstler contra Austria, con sentencia de 25 de enero de 2007, en el que se considera “el artista y aquellos que promueven sus obras no escapan

²³² Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y otros vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

²³³ *Ibíd.*

²³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estrasburgo, sentencia de 24 mayo 1988 (TEDH 1988\8) Demanda No. 10737/1984.

de las posibilidades de limitación prevista en el segundo párrafo del artículo”,²³⁵ refiriéndose a la libertad de expresión en general, y otros tales como *Wingrove vs. Reino Unido*, 25 de noviembre de 1996, que hace relación al video *Visiones de Éxtasis* en el cual se realiza cierta interpretación artística con elementos eróticos sobre Santa Teresa de Ávila y a sus visiones de Jesucristo, el caso *Otto-Preminger-Institut vs. Austria*, con sentencia de 20 septiembre 1994, sobre la película *Das Liebeskonzil* (El concilio del amor) del director Werner Schroeter, caso *I. A. vs. Turquía*, resuelto en septiembre de 2005, sobre una novela intitulada *Las frases prohibidas* en la que se hacía de manera novelesca ciertos cuestionamientos al Islam etc. en las cuales se puede observar como existe una línea jurisprudencial en este sentido.

Este tratamiento que se le da a la libertad de creación y expresión artística, propone que esta libertad cultural esta incorporada a la libertad de expresión en general como una especie de subcategoría, lo cual evidentemente es una postura bastante cómoda en un ambiente como el cultural en el la manipulación y el conflicto, están siempre presentes.

Al anexionar la libertad de creación y expresión artística a la libertad de expresión en general se esta haciendo una maniobra de dominación, pues se encierra, reprime y mutila todo su potencial libertario, inmolando la expresión creativa más directa e inmediata que usa el arte como herramienta de evolución y emancipación.

1.8. La libertad de creación y expresión artística como derecho autónomo y complejo

Si bien se ha podido identificar varias perspectivas desde las cuales, se trata de entender y fundamentar el derecho a la creación y expresión artística, no se puede dejar de señalar que son dos las corrientes que doctrinariamente antagonizan en su intento de tratar de dilucidar la naturaleza de la libertad de creación y expresión artística.

La primera que la considera un subgénero de la libertad de expresión, como lo entiende Tomas Vial Solar,²³⁶ posición que coincide con lo preceptuado en el artículo 7

²³⁵ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos , 25 de enero de 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, No. 68354/01, §26.

²³⁶ Tomás Vial Solar, “El derecho a la libertad de creación artística en la Constitución”, <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/derecho-a-libertad-de-creacion.pdf>>, consulta: 9 de julio de 2013.

de la Declaración de Friburgo, cuando manifiesta: “En el marco general del derecho a la libertad de expresión, que incluye la expresión artística [...]”.

Una segunda postura que ve a la libertad de creación y expresión artística, como parte del derecho a participar en la vida cultural, en función de la Observación General No. 21, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, pues al hablar sobre la contribución a la vida cultural, se refiere al derecho de toda persona a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad.

No compartimos con ninguna de las posturas antes señaladas, pues si consideramos que la libertad de creación y expresión artística es una libertad cultural de carácter complejo, integrada por dos elementos fundamentales: el crear arte y el expresar artísticamente, consideramos entonces que el primer supuesto fracasa, pues la creación artística definitivamente no está inmersa en la libertad de expresión; puesto que la libertad de expresión no contempla el componente creación, y no se puede artificialmente pretender que “crear” y “expresar” signifiquen lo mismo, o que la facultad de expresión del ser humano asimile a la creación artística, que es fenómeno distinto, pues inclusive un autor se puede crear y jamás mostrar su obra.

Los vocablos crear y expresar no son sinónimos, así pues según el *Diccionario de la lengua española*, crear significa “producir algo de la nada, establecer, fundar, introducir por vez primera algo; hacerlo nacer o darle vida, en sentido figurado, en tanto que expresar significa manifestar con palabras, miradas o gestos lo que se quiere dar a entender, dicho de un artista, darse a entender por medio de la palabra”.²³⁷

Pero el razonamiento va mucho más allá, pues no estamos hablando de cualquier forma de expresión nos referimos a una *expresión cultural* que según el artículo 4, numeral 3, de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO constituyen “expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades que poseen un contenido cultural”,²³⁸ lo que

²³⁷ Real academia de la lengua española, *Diccionario*.

²³⁸ La Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, puede leerse en <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919s.pdf>>, consulta: 6 de julio de 2013.

evidencia que lo que se expresa es lo que se crea, y por tanto, el principio no puede ser de ninguna manera parte de lo ulterior que en este caso es el expresar.

En cuanto a la segunda hipótesis, la propia recomendación general 21 en su párrafo 2 separa el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la libertad de creación, cuando textualmente señala que el derecho de toda persona a participar en la vida cultural se encuentra íntimamente relacionado con “el derecho a la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora”.²³⁹

Del mismo modo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000,²⁴⁰ señala en el artículo 13 que las artes y la investigación científica son libres, lo que significa que se trata de libertades públicas que aparecen en un apartado distinto al de la libertad de expresión en general, que está garantizado en el artículo 11 de la referida Carta de Derechos, de modo que se hace un reconociendo del carácter autónomo de la libertad de creación y de expresión artística, aunque en la práctica y como se ha podido analizar en el apartado anterior, suele acceder al estatuto de derecho justiciable a través de la tutela de la libertad de expresión general. Sin embargo, el hecho de incorporar la libertad de las artes como un derecho fundamental en un instrumento de esta importancia, constituye una reafirmación de nuestra postura.

La Constitución española en su artículo 20 hace lo mismo, y separa en cuatro literales a la libertad de expresión: la producción y creación literaria; artística, científica y técnica; la libertad de cátedra y el comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión; si bien todas estas libertades están dentro de un mismo precepto normativo, metodológicamente y de manera prolija se separa la libertad de creación y expresión artística de la libertad de expresión en general, evidenciando su autonomía.

La libertad de creación y expresión artística como derecho autónomo, se expresa a través del acto creativo, cuya exteriorización constituye un ámbito sumamente extenso,

²³⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Ginebra, Observación general No. 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) 2009.

²⁴⁰ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un documento que contiene provisiones de derechos humanos y fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Una versión revisada de la Carta fue proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, antes de la firma del Tratado de Lisboa (Nota del autor).

ya que se refiere productos literarios, obras escénicas, arte pictórico, música, e inclusive incorpora a afiches, televisión, videos musicales, caricaturas, y porque no decirlo toda la gama de producciones estéticas que el impulso creativo pueda imaginar en la dimensión de la auto actividad humana.

El principio 3 de la Recomendación Relativa a la Condición del Artista²⁴¹ de 27 de octubre de 1980, manifiesta lo siguiente:

Los Estados miembros, reconociendo el papel esencial que desempeña el arte en la vida y el desarrollo del ser humano y de la sociedad, tienen el deber de proteger, defender y ayudar a los artistas y a su libertad de creación. Con ese fin, deberían hacer lo necesario para estimular la creatividad artística y la manifestación de talentos, en particular, adoptando medidas encaminadas a asegurar la libertad al artista, que de otro modo no podría cumplir su misión fundamental, y a fortalecer su condición, mediante el reconocimiento de su derecho a gozar del fruto de su trabajo; deberían esforzarse, con todas las medidas apropiadas, por aumentar la participación del artista en las decisiones relativas a la calidad de la vida; demostrar y confirmar, por todos los medios a su alcance, que las actividades artísticas tienen que desempeñar un papel en el esfuerzo de desarrollo global de las naciones para forjar una sociedad más humana y más justa y para lograr una vida en común pacífica y espiritualmente rica.

Y luego el principio No. 6 se refiere a la libertad de expresión y comunicación como la condición esencial de toda actividad artística, para lo cual los Estados miembros deberían procurar que los artistas gocen sin equívoco de la protección prevista en la materia por la legislación internacional y nacional relativa a los derechos humanos.

Podríamos por tanto colegir, que la UNESCO también considera que existe una diferencia entre la libertad artística que integra creación y expresión de su obra, de la libertad de expresión en general. Ratificando el hecho de que la libertad de creación y expresión artística, sin dejar de pertenecer al ámbito de las libertades culturales, constituye un derecho autónomo.

El Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales, Farida Shaheed sobre el derecho a la libertad de expresión y creación artística, en sus conclusiones y recomendaciones inicia diciendo: “Toda persona goza del derecho a la libertad de

²⁴¹ La Recomendación Relativa a la condición del artista, fue aprobada en la 21. reunión, de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida en Belgrado del 23 de septiembre al 28 de octubre de 1980 (Nota del autor).

expresión y creación artísticas, que incluye el derecho a apreciar libremente las expresiones y creaciones artísticas y contribuir a ellas con libertad, mediante la práctica individual o conjunta, a tener acceso a las artes y disfrutar de ellas y a difundir sus expresiones y creaciones”.²⁴²

Pero además, se considera que existen algunos problemas relacionados con la garantía de ejercicio de esta libertad cultural, que no se pueden resolver desde las perspectivas reduccionistas, como aquella que pretende aplicar de manera simple los estándares de la libertad de expresión general, provocando que esta libertad cultural sea deficientemente guardada.

El arte maneja elementos subjetivos, metafóricos, ficticios, alegóricos, por lo tanto, resulta muy difícil pretender acotar la imaginación humana, y subordinarlo a unos estándares concebidos para un derecho a la libertad de expresión cuya naturaleza es insuficiente para tutelar cuestiones relacionadas a la libertad de crear y expresar el arte.

Para ilustrar mejor este punto, podemos referir brevemente el caso de la obra del escultor madrileño Eugenio Merino, quien exhibió una escultura hiperrealista del dictador Francisco Franco encerrado en un frigorífico de Coca Cola, en el acto cultural de Arte Contemporáneo ARCO 2012, ante lo cual la Fundación Francisco Franco demandó al artista al considerar que se mostraba a dicho personaje en estado indigno, y por tanto atentando contra su honor.

En la sentencia que desestima la demanda formulada en contra del artista, la jueza de la causa, Rocío Nieto Centeno, consideró acertado el argumento que del presente apartado, que señala lo siguiente:

Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación artística da nacimiento a una nueva realidad, que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulta posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de relevancia pública de los personajes o hechos narrados o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además, hay que tener en cuenta que la creación artística tiene una proyección artística derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse,

²⁴² Shaheed, “El derecho a la libertad”, 14 de marzo de 2013, <http://www.cdc-ccd.org/IMG/pdf/El_derecho_a_la_libertad_de_expresion_y_creacion_artisticas.pdf>, consulta: 8 de julio de 2013.

como no a reconocer implícitamente la STC 153/1985 de 7 de noviembre, FJ5. De allí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra aisladamente considerada, sino también a su difusión.²⁴³

Lo que significa que el manejo del lenguaje artístico, hace muy difícil que una la expresión de la creación pueda tutelarse solamente desde la perspectiva general de la libertad de expresión, dejando a un lado esta característica determinante, pues finalmente el arte es en sí mismo un lenguaje:

Desde una mirada actualizada podemos considerar al arte como un lenguaje, plasmado en el objeto de arte. El objeto de arte presenta un proceso de elaboración o conformación de un objeto material que, de acuerdo a la forma que recibe, expresa y comunica el contenido espiritual de manera objetiva. El hombre por medio del objeto de arte satisface sus necesidades estéticas de conocimiento, manifiesta su ideología, su subjetividad, su visión de la realidad [...]. En este sentido se puede considerar al arte como un medio específico de conocimiento, ya que nos permite conocer, analizar e interpretar, producciones estéticamente comunicables mediante los diferentes lenguajes simbólicos.²⁴⁴

Por consiguiente y como ya se ha analizado, las formas de comunicación artísticas son peculiares, como también los procesos de creación, de modo que las pautas que orientan la garantía al derecho de libertad de expresión en general, resultan insuficientes en la esfera de la libertad de creación y expresión artística, por sus componentes simbólicos, abstractos, provocadores, irreales y hasta inconcebibles, son de tal complejidad, que se requiere de otras herramientas de análisis, muy distintas a aquellas que comúnmente se manejan desde el quehacer puramente jurídico.

Hay que señalar que la intención de reducir a la libertad de creación y expresión artística a una ínfima manifestación de la libertad de expresión general, no es otra cosa sino una estrategia para someter a los artistas, su obra y su libertad bajo el peso del poder a través de mecanismos jurídicos de control de la creación, el lenguaje y la expresión artística.

²⁴³ Juzgado de primera instancia No. 26 de Madrid, Juicio Ordinario 483/2012, sentencia 150/13, 15 de julio de 2013.

²⁴⁴ Ros Nora, "El lenguaje artístico, la educación y la creación", *Revista Iberoamericana*, Organización de Estados Iberoamericanos para la educación y la cultura (2004), 1-2, <<http://www.rioei.org/deloslectores/677Ros107.PDF>>, consulta: 20 de noviembre de 2015.

Para los poderes oficiales y fácticos no hay nada más peligroso que el arte, porque es ante todo emancipatorio, y constantemente se está enfrentando al totalitarismo del mercado absoluto y omnisciente, y al autoritarismo del Estado despótico, porque la creación artística y su libre expresión dan contenido a las prácticas libertarias.

Atar la justiciabilidad de la libertad de creación y expresión artística, a los patrones de la libertad de expresión en general, significa hacer creer que es un derecho de libertad que está debidamente garantizado, cuando la realidad nos presenta experiencias muy diferentes, de modo que todo queda en un utópico deber ser, que choca con la concentración en las manos de organismos, corporaciones, y agencias estatales, privadas y transnacionales.

Subyugar a los creadores, controlar el contenido de la obra artística, imponer estrategias intimidatorias, desfigurar una libertad cultural, obedece a las pretensiones de dominación en todos los órdenes de la vida individual y social.

Para reprimir la creación y expresión artística, la mejor maniobra es desvirtuar su autonomía, de ese modo los espíritus libres son atados, el acto creativo se invisibiliza, y finalmente la atención en los caso concretos se concentra únicamente en lo que se expresa, pero no en lo que se crea.

De este modo, los mecanismos de dominio social se aplican también para el arte, y las fórmulas de control aplicables para medios de comunicación y profesionales de la comunicación sin miramiento alguno se impone al arte y por supuesto a intelectuales, creadores y artistas, de ese modo la trampa queda consumada, y el derecho a la libertad de creación y expresión artística queda extraviada en los laberintos del discrecionalismo judicial.

El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística no refuerza el discurso políticamente correcto, sino por el contrario promueve una práctica de acciones políticas, sociales y culturales que inclusive muchas veces van a resultar incorrectas e incómodas para el *statu quo*.

El derecho nunca podrá regular la imaginación ni coartar la vocación libertaria del arte, por eso simplemente a los Estados e inclusive a los diplomáticos y burocracias internacionales, que tienen secuestrados a los derechos humanos justamente para contener

su talante emancipatorio y antipoder no les conviene fomentar la libertad de creación y expresión artística.

El ejercicio del arte en libertad es transgresor por naturaleza, cuestionador por vocación y supremamente revolucionario por su capacidad de proponer una visión alternativa del mundo, por hacer que la gente piense, por romper las cadenas de la realidad normativa modelada por el derecho, que “construye la estructura jerárquica y se sitúa como el elemento divino, el motor inmóvil de la cultura”.²⁴⁵

De este modo hemos realizado una primera reflexión en la cual no solamente hemos destacado la procedencia y naturaleza de la libertad de creación y expresión artística, sino que hemos analizado su configuración jurídica en el derecho internacional de los derechos humanos, considerando los debates que en la hora presente se están realizando alrededor de esta temática, sin dejar de proponer una lectura distinta con el propósito de enriquecer el debate, y contribuir a fortalecer una teoría coherente a esta libertad cultural, que por su singularidad y a pesar de su reconocimiento normativo parcial, todavía se revela como un derecho emergente²⁴⁶.

Esta aproximación inicial es imprescindible para el presente trabajo, pues al estudiar la libertad de creación y expresión artística, nos encontramos con varias inconsistencias teóricas que se presentan como fisuras epistemológicas y vacíos de conocimientos jurídicos, lo que nos ha alentado a plantearnos la necesidad de hacer una interpretación nueva al fenómeno estudiado, ante la simplicidad de los argumentos existentes, lo que significa una búsqueda de innovación teórica, concreción y sistematización de una teoría en función de las relaciones, contradicciones y regularidades, propias del objeto de estudio; considerando que el “el derecho y su estudio deben ser entendidos como un esfuerzo por construir puentes de convergencia entre proyectos intelectuales, comunidades interpretativas, disciplinas que estudian diferentes ámbitos jurídicos y entre estas disciplinas y los saberes locales.”²⁴⁷

²⁴⁵ Sanín Restrepo, *Teoría crítica constitucional*, 108.

²⁴⁶ “Los derechos humanos emergentes son reivindicaciones de nuevos derechos y de derechos parcialmente reconocidos. Derechos recogidos en la normativa internacional y nacional vigente a los que se ha dado nuevas interpretaciones o se han añadido nuevos contenidos.” Ver: Derechos Humanos emergentes, en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/oct09/dhe.pdf> Consulta: 18 de julio del 2017 (Nota del autor)

²⁴⁷ Storini Claudia, *El sentir de los saberes jurídicos: una alternativa a la homogeneidad científica del derecho*, conferencia impartida el 14 de julio del 2017 en el marco del Seminario Constitucionalismo y

Nuevos saberes jurídicos, realizado en la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar. (Nota del autor)

CAPÍTULO SEGUNDO

La libertad de creación y expresión artística en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano

En el presente capítulo estudiaremos a la libertad de expresión y creación artística, en la dinámica del nuevo constitucionalismo ecuatoriano, estrenado con la aprobación de la Constitución ecuatoriana del año 2008. Hay que señalar que el neoconstitucionalismo surgió como teoría estructurada y definida después de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo para identificar el fenómeno ocurrido en Latinoamérica con la adopción de los textos constitucionales de Venezuela en 1999, Ecuador en 2008, y Bolivia en el año 2009 emplearemos la denominación de *nuevo constitucionalismo*, atendiendo el planteamiento teórico de los académicos Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau.

Se hace necesario destacar la presencia del componente cultural manifestado en forma expresa en la Constitución ecuatoriana, con preceptos que van desde cuestiones tales como la creatividad, la libertad artística, la interculturalidad, la concepción antropológica de cultura, la garantía del pleno ejercicio de los derechos culturales, la protección del patrimonio material inmaterial y lingüístico, el diálogo de saberes, la promoción de las expresiones culturales, entre otros; lo que revela un momento en que aparentemente se daría inicio a una nueva relación entre el Estado y la cultura.

Rudolf Rocker en su libro *Nacionalismo y cultura* (1936)²⁴⁸ afirma acertadamente, que el poder del Estado no podría existir sin la cultura, por ello es posible destacar que la Constitución de un Estado, no es otra cosa más que un fenómeno cultural; del mismo modo, el constitucionalista alemán Peter Häberle propuso una teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, considerando que el texto constitucional solamente se vuelve efectivo cuando está en consonancia intelectual, espiritual, afectiva y existencial con esa voluntad de Constitución que expresa una cultura constitucional.²⁴⁹

²⁴⁸ Ver <http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/nacionalismo/indice.html>, consulta: 16 de julio de 2012.

²⁴⁹ Peter Häberle, *El Estado constitucional*, trad. por Héctor Fix-Fierro (México DF: UNAM, 2003), 1-44.

Cuando la Constitución se ocupa de la libertad religiosa, de la propiedad intelectual, de la comunicación, de la interculturalidad, de los derechos lingüísticos, de los saberes ancestrales, arte, educación etc. se está ocupando de bienes culturales, y más aún cuando recoge y tutela derechos culturales, pues al ser la cultura no solamente una de las dimensiones fundamentales de la vida social, sino la máxima expresión de la organización político-jurídica del Estado, de ninguna manera puede quedar fuera del texto constitucional.

Según la teoría general del Estado se consideran como elementos fundamentales al pueblo, el poder y el territorio, una triada que al sustentar la teoría de los elementos del Estado carece de sentido si no tomamos en consideración al elemento cultura, toda vez que tal y como le hemos venido explicando, la Constitución es una exteriorización de ciertos valores culturales de un pueblo, y como bien lo destaca Häberle, la cultura será el cuarto elemento del Estado, y justamente aquel que dota de contenido a los demás, puesto que el pueblo como suma de seres humanos organizados bajo los preceptos del derecho es una realidad, sin embargo el fenómeno de la existencia de una diversidad de pueblos en el mundo e inclusive en el seno de los propios Estados, claramente nos está indicando que la naturaleza del elemento pueblo es eminentemente cultural.²⁵⁰

Doctrinariamente se habla de la Constitución económica²⁵¹ para referirse a aquel conjunto de preceptos constitucionales que sirven de marco para desenvolverse en la vida económica de un Estado, también podemos hablar de una constitución cultural que “se refiere a la consagración de los derechos culturales en aquel nivel normativo, a la vez que a la normatividad constitucional de valores, principios y reglas que orientan la acción en este ámbito específico [...] la Constitución cultural denota la tutela efectiva de los derechos culturales a través de diversos instrumentos de control constitucional y legal”.²⁵²

En consecuencia, podemos hablar de una Constitución cultural si en la norma suprema están consagrados derechos y libertades culturales y si es efectiva su protección por parte del Estado puesto que,

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ Amplia información sobre el tema en Bidart Campos Germán, “La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional Argentino)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 6 (enero-junio de 2002).

²⁵² Raúl Ávila, “Derecho Constitucional cultural iberoamericano”, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/341/3.pdf>, consulta: 12 de octubre de 2011.

el principio de garantía de la persona y sus diversas especificaciones, encuentra su fundamento en una serie de opciones en las que se acepta un determinado modelo de cultura –y un consiguiente rechazo de otros modelos contrapuestos–. Parece oportuno integrar toda esta temática bajo la noción común de Constitución cultural, destacando bajo esta rúbrica una dimensión distinta de la definida como Constitución económica, por más que los nexos e interferencias entre una y otra problemática no sean en modo alguno infrecuentes.²⁵³

Una Constitución cultural va a concretar si bien no un Estado cultural,²⁵⁴ al menos un modelo cultural de sociedad, conformada “en estrecha relación con los modos de producción, la organización de mercado, la estructura sociopolítica y jurídica, y esencialmente el sistema de valores simbólicos vigente en la misma”;²⁵⁵ el cual debe atender determinadas cuestiones, en la realización y concreción de sus funciones culturales, entre las que podemos señalar el garantizar el acceso a la cultura a los ciudadanos y ciudadanas, la organización eficiente y adecuada de servicios públicos culturales, y fundamentalmente la tutela de los derechos y libertades culturales, cuya simple enunciación no garantiza efectivamente la realización de los mismos.

De este modo, podemos darnos cuenta que la Constitución a más de referirse a aquellos sectores de la cultura en sentido estricto, como la ciencia y el arte, la educación, la política cultural, el patrimonio cultural, etc., en un sentido amplio da contenido a aquellos elementos económicos, políticos, ideológicos, e históricos de los pueblos, pues la cultura abarca todo cuanto tiene significado espiritual en sus dimensiones individuales y colectivas, todo lo que tiene que ver con creación y valoración humana, todo aquello que el hombre ha ido añadiendo a la naturaleza.

La cultura incluye las lenguas, los dialectos, las diferentes formas de comunicación, los usos y costumbres cotidianos, la religión, las creencias, las festividades, los símbolos comunitarios, las formas de aprehensión y trasmisión de

²⁵³ Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de Derecho constitucional*, trad. por J. Jiménez Campo, vol. I. (Madrid: CEC, 1984), 193.

²⁵⁴ Marc Fumaroli escribió un polémico ensayo sobre el Estado cultural francés, demostrando la importancia de abordar esta categoría generalmente descuidada en el análisis jurídico y politológico. Ver Marc Fumaroli, *El Estado cultural* (Barcelona: Acantilado, 2007).

²⁵⁵ Ignacio Henares Cuellar, *Derechos culturales y sociedad moderna. reflexión histórica sobre el ‘Estado cultural’*”, Discurso de apertura Universidad de Granada, curso académico 2014-2015, (Granada: Secretaría General de la Universidad de Granada, 2014), 9.

conocimientos, las formas de cultivo de la tierra y las formas de producir bienes y servicios, las formas de organización política, las formas de intervenir en el medioambiente, la forma de organizarse en sociedad, y el ejercicio de sus libertades en especial la libertad de crear y expresar el arte; porque cultura significa humanidad.

La Constitución –como es lógico– refleja las cosmovisiones, creencias, el *ethos*,²⁵⁶ la biosofía²⁵⁷ y los aspectos socioeconómicos, de la convivencia social, al tiempo que opera holísticamente como principio de organización, para la realización de los derechos y los deberes de las personas y las colectividades, armonizando sus comportamientos, con el fin de garantizar la vida como un todo, de tal modo que si no entendemos la cultura constitucional de la comunidad de donde se origina por ser en sí misma, una obra y un bien de cultura, la Constitución estaría vaciada de contenido; por tanto la cultura constitucional de un pueblo es la que da contenido a una Constitución.²⁵⁸

A partir de 2008 la libertad de creación y expresión artística es recogida en la Constitución ecuatoriana, evidenciando un significativo avance, en cuanto al reconocimiento de las diversas dimensiones de la dignidad humana.

2.1. El reconocimiento de la libertad de creación y expresión artística como derecho constitucional

Si bien la libertad de creación y expresión artística es reconocida en primer lugar por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es recogida por primera ocasión en la historia del constitucionalismo como un derecho constitucional en la Constitución Portuguesa de 1976, la cual se considera que fue redactada con un notable acento en cuestiones progresistas, al punto que inclusive se hace referencia ya a los derechos y deberes culturales, manifestando en su artículo 42:

“De la libertad de creación cultural

²⁵⁶ Para ampliar el tema recomendamos la lectura del libro Clifford Geertz, *La interpretación de las culturas* (Barcelona: Gedisa, 2003) (Nota del autor).

²⁵⁷ Amplia información sobre el tema en el sitio web de The Biosophical Institute Inc. <<http://biosophicalinstitute.tripod.com/>>, consulta: 9 de mayo de 2016.

²⁵⁸ Amplia información en Peter Häberle, “La Constitución como cultura”, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1975576.pdf>>, consulta: 10 de mayo de 2016.

1. Será libre la creación intelectual, artística y científica.

2. Esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de obras científicas, literarias o artísticas, incluyendo la protección legal de los derechos de autor”.²⁵⁹

Y si bien existe un largo período de tiempo en que las constituciones nacionales descuidaron este tema, esta innovación constitucional, rompe con la perspectiva tradicional, que consideraba que la libertad de creación artística no debía ser enunciada expresamente, pues se la asumía como parte de la libertad de expresión en general, sin embargo fue el componente político y emancipatorio del arte en el ejercicio de este derecho, que reveló que una perspectiva tan generalista, no podía atender las especificidades y las complejidades propias de aquel.

Como quedó establecido en el capítulo anterior, el presente trabajo propone superar el desacierto que considera a la libertad de creación y expresión artística simplemente como una forma de ejercer la libertad de expresión en general, que se niega a reconocerla como un derecho autónomo sacrificando su rol en el sistema constitucional de derechos y despojándola además de toda su complejidad y riqueza.

En Chile, en el proceso de reforma constitucional del año 2001, se dio un interesante debate respecto a si la libertad de creación y expresión artística debía quedar sobreentendida en la libertad de expresión en general, o simplemente garantizada como parte de los derechos de propiedad intelectual, finalmente, el texto constitucional en su artículo 19, numeral 25, la recogió en forma autónoma: “La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie [...]”.²⁶⁰

En cuanto a la libertad de creación y expresión artística en el caso ecuatoriano, durante la Asamblea Constituyente del año 2007-2008, el tema cultura estuvo muy

²⁵⁹ La actual Constitución de Portugal se encuentra en vigor desde 1976, dos años después de la Revolución “Clavel”, que puso fin a la dictadura existente desde hace más de treinta años. Se ha modificado en varias ocasiones: 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 y, finalmente, en 2005. El texto en español puede leerse en el sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=5452>>, consulta: 4 de octubre de 2013.

²⁶⁰ El texto de la Constitución Política de la República de Chile ha sido consultado en <http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>, consulta: 3 de octubre de 2013.

presente, en los debates constituyentes, en especial, cuestiones tales como soberanía cultural, derechos culturales, identidad cultural e interculturalidad, que fueron analizados y sociabilizados, a lo largo del trabajo de redacción de un nuevo texto constitucional para Ecuador.

En este contexto resulta indispensable destacar que la incorporación de los derechos y libertades culturales y, particularmente, el de la libertad de creación y expresión artística a la norma constitucional ecuatoriana, es fruto de un fenómeno de recepción en nuestro constitucionalismo nacional, de aquellos principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que mostraron un discurso vanguardista en favor de los derechos y las libertades culturales.

La recepción constitucional,²⁶¹ es un fenómeno jurídico más o menos frecuente por el cual ciertos derechos o ciertas instituciones del derecho internacional, son recogidos e incorporados en los ordenamientos jurídicos internos, siendo mucho más común encontrar este tipo de situaciones en el constitucionalismo contemporáneo.

Una de las expresiones más evidentes de este fenómeno, se evidencia en el sistema de fuentes, y del lugar que en ella ocupan los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, y en muchos casos como en el ecuatoriano, y aplicación de los principios *pro homine*, pro dignidad humana y *pro libertatis*, que podrían llegar inclusive a ser aplicados de manera preferente, como dispone el segundo inciso del artículo 426 de la CRE, que manifiesta que juezas, jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Consideramos que en la experiencia de recepción constitucional, que posibilita la introducción de aquellos derechos propios de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos en los ordenamientos internos, puede darse principalmente desde dos perspectivas:

- a) Desde una *perspectiva dualista*, por la cual se considera que el derecho internacional no se puede implantar directamente en los países, sin una previa

²⁶¹ Amplia información sobre el tema en Castañeda Mireya, *El derecho Internacional de los derechos humanos y su recepción nacional* (México DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012).

adecuación o incorporación por parte del sistema interno, reconociendo una dicotomía entre ambos derechos, y haciéndose necesario un acto de voluntad política para plasmar en normas estos derechos tomados de la fuente internacional.

- b) Desde una *perspectiva monista*, que básicamente considera que los preceptos internacionales pueden ser utilizados por los países sin ninguna adaptación interna, para darle fuerza obligatoria al derecho internacional; de modo que si un tratado o instrumento internacional de derechos humanos ha sido suscrito y aprobado constitucional y legalmente, este entrará directamente a regir dentro del ordenamiento.

Ecuador se ha alineado a esta segunda posición, tal y como lo determina el artículo 11, numeral 3, pues dispone la aplicación directa e inmediata, tanto de los contemplados en la Constitución como de aquellos consagrados en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos establecen a estos como derechos mínimos, es decir, cada Estado podrá ampliarlos en favor de sus ciudadanos, pero no podrá disminuirlos, restringirlos o reducirlos, y esta es la razón por la cual los Estados continúan siendo los principales responsables de la protección de la dignidad de sus habitantes, aunque lamentablemente en muchos casos también el principal violador de tales derechos.

La recepción constitucional de los derechos humanos, ha servido para acercar estos derechos mínimos, reconocidos internacionalmente a los ciudadanos de un Estado determinado, mediante su incorporación al ordenamiento jurídico positivo para hacerlos más efectivos y eficaces, por ello una parte de la doctrina, considera que “los derechos fundamentales no son más que aquellos derechos humanos positivados”.¹²⁴

La libertad de creación y expresión artística, recogida del derecho internacional de los derechos humanos, está incorporada, como parte de los derechos culturales en texto constitucional ecuatoriano, como uno de los avances más innovadores del actual constitucionalismo ecuatoriano.

¹²⁴ Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos: Estado de derecho y Constitución*, 10a. ed. (Madrid: Tecnos, 2010), 33.

En la presente investigación, pudimos establecer las fuentes sobre las que se construye la propuesta de incorporación de derechos y libertades culturales, que luego terminarían siendo normas constitucionales, pues al revisar los archivos de la Asamblea Constituyente encontramos que dicha iniciativa fue presentada a tres mesas de trabajo: Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, la de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, y la de Régimen de Desarrollo.²⁶²

En un informe de actividades del asesor de la asambleísta Tania Hermida, señor Pablo Mogovejo Jaramillo, remitido con fecha 25 de febrero de 2008 por la propia asambleísta al director de Recursos Humanos de la Asamblea Constituyente, señor Ángel Torres, se indica las fuentes que sirvieron de base para la redacción del articulado en temas de cultura; en este informe se detallan los tratados e instrumentos internacionales que sirvieron como base para la realización de este trabajo, con lo cual hemos podido establecer de manera confiable, que la incorporación los derechos y libertades culturales en la Constitución ecuatoriana, constituye el resultado de un fenómeno de recepción constitucional de normas internacionales de derechos humanos, para alcanzar la positivación de estos como derechos constitucionales.²⁶³

En el texto de la CRE de 2008, cuya lectura es compleja y debe hacerse de forma transversal, encontramos que los temas sobre cultura se desarrollan en dos secciones, una inicial en cuanto a derechos, artículos 21 al 25; y una segunda sección en el régimen del buen vivir artículos 377 al 380, incorporando por primera ocasión en el constitucionalismo ecuatoriano, la libertad de creación y expresión artística.

Sin embargo y aunque es posible identificar que la libertad de creación y expresión artística esta garantizada en el Ecuador, el constituyente hizo una redacción indirecta en la cual se habla del derecho a desarrollar la capacidad creativa, a difundir sus propias expresiones culturales; de la obligación del estado de promover la libre creación artística, que la rectoría del sistema nacional de cultura ejercerá sus potestades con respeto a la libertad de creación y expresión, que las creaciones artísticas son parte del patrimonio

²⁶² Esta información puede verificarse en las Actas de la Asamblea Constituyente realizada en Montecristi (Nota del autor).

²⁶³ Una copia del referido informe reposa en los archivos del investigador.

cultural, etc. Lo correcto habría sido garantizar de manera clara y sin eufemismos la libertad de creación y expresión artística.

La redacción cautelosa que se imprime en el texto constitucional, evidencia como el poder se cuidó en este tema, puesto que estaba plenamente conciente que el creador es capaz de construir *verdades artísticas*, las cuales poco a poco habrán de volverse emancipatorias, y en un proyecto diseñado para ejercer la dominación, la libre creación y expresión del arte, generan irremediamente certezas que van más allá del saber establecido y que animan a las personas a construir nuevos imaginarios en base a representaciones subjetivas que propician la participación en dichas aspiraciones libertarias.

Por ello entre los derechos de libertad contemplado en el artículo 66 de la Constitución ecuatoriana, no encontramos expresamente determinada esta libertad cultural, razón por la cual fue necesario aclarar esta falta de precisión, incorporando en normas infraconstitucionales, es decir en la Ley Orgánica de Cultura en su artículo 5 literal e) la garantía de la libertad de creación, y en La Ley Orgánica de Comunicación en su artículo 17 el derecho a la libertad de expresión y opinión de cualquier forma y por cualquier medio.

Mas adelante desde una reflexión teórica hermenéutica con sentido holístico, configuraremos la libertad de creación y expresión artística como derecho autónomo, que es la única forma que nos permitirá reivindicar su respeto y tutela.

2.2. Definición de la libertad de creación y expresión artística en la Constitución ecuatoriana.

Como habíamos anticipado, en el texto constitucional ecuatoriano, no existe una definición sobre la libertad de creación y expresión artística, sin embargo queda claro que se trata de aquel derecho de libertad que permite que las personas puedan crear arte y expresarse artísticamente en forma absolutamente autónoma, independiente, sin intromisión, injerencia, vigilancia u obstáculo de ninguna naturaleza.

La Constitución vigente consagra y garantiza los llamados derechos de libertad, concepto de raíz eminentemente liberal, muy ligado a su vez, a la idea de *libertad jurídica*,

la cual fue entendida por Kant no en términos del permiso de hacer todo lo que uno quiera, siempre que no se cometa una injusticia contra otra persona, sino como la facultad de no obedecer ninguna ley externa más que a la que se haya consentido voluntariamente,²⁶⁴ y que en la hora presente entendemos como aquella facultad que tiene un ciudadano o ciudadana, para ejercitar o no –según su libre criterio– sus necesidades o intereses, sus derechos, en el marco de lo que establece la Constitución y la ley; lo que denota que cuando nos acercamos al concepto de libertad jurídica, a diferencia de la libertad individual nos encontramos con un ejercicio mucho más reducido, pues significa que la persona sometida a la normativa estatal, únicamente es libre de hacer aquello que no está prohibido, por esta razón; “el concepto de libertad jurídica puede ser explicado de dos maneras. Se lo puede presentar como una manifestación especial de un concepto más amplio de libertad, pero se puede basar también directamente en el concepto que para él es constitutivo, el de la permisión jurídica”.²⁶⁵

En el texto constitucional ecuatoriano, los derechos de libertad agrupan las libertades públicas, civiles o ciudadanas, con los llamados tradicionalmente derechos civiles, de modo que se puede definir a los derechos de libertad como aquellos que permiten al individuo gozar de las libertades básicas para realizarse como persona autónoma, y que por su naturaleza no dependen exclusivamente del poder público para su ejercicio, por lo que el Estado deberá limitar sus actuaciones con el fin de no afectarlos e intervenir con el fin promoverlos y protegerlos; lo que significa que se puede diferenciar entre derechos de libertad negativos y derechos de libertad positivos:

Cuando se juntan estas tres posiciones, una libertad jurídica, un derecho a no estorbamiento por parte del Estado y una competencia para hacer valer judicialmente la violación de este derecho, se puede hablar de un derecho de libertad negativo perfecto frente al Estado.

Una protección positiva de una libertad frente al Estado surge a través de la combinación de una libertad con un derecho a una acción positiva cuando se trata de cosas tales como la protección frente a terceros, mediante normas de derecho penal. Los problemas surgen con los derechos prestacionales, tales como subvenciones. Existe una coincidencia estructural en la medida en que, en ambos casos, de los que se trata es que al titular del derecho le sea también fácticamente posible lo que le está permitido y, en ese sentido, es jurídicamente posible. Esta coincidencia estructural justifica, dejando a un lado el uso del lenguaje ordinario, llamar protección de la libertad a la vinculación de una

²⁶⁴ Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua* (Madrid: Alianza, 2004).

²⁶⁵ Alexy, *Teoría de los derechos*, 211.

libertad con un derecho a una prestación en sentido estricto, que posibilita el goce de los que está librado a su arbitrio.²⁶⁶

Los derechos de libertad están consagrados en los artículos 66, 67, 68, 69 y 70 de la Constitución, y aunque aparentemente no aparece ninguna libertad cultural incorporada en esta sección, en el artículo 66, numeral 24 encontramos el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, el mismo que ha sido definido en cuanto a su contenido normativo justamente como una *libertad cultural*:

El derecho a participar en la vida cultural puede calificarse de libertad. Para realizarlo, es necesario que el Estado parte se abstenga de hacer algo (no injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales), por una parte, y que tome medidas positivas (asegurarse de que existan las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos), por la otra.²⁶⁷

Afirmar que únicamente *el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad* está garantizado como libertad cultural en el texto constitucional sería erróneo, puesto que la Constitución ecuatoriana debe entenderse en su integralidad y de forma sistemática, por tanto resulta evidente que el referido derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, del artículo 66, numeral 24, está totalmente relacionado con el artículo 377 del mismo cuerpo normativo, que dice: “El sistema nacional de cultura tiene como finalidad fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural. Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales” más aún si tomamos como orientación conceptual la Observación General No. 21, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

Aplicando la misma visión integral al texto constitucional ecuatoriano, podemos destacar que a partir del artículo 66, numeral 24, es posible identificar con claridad el

²⁶⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEPC, 2004), 226-7.

²⁶⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación general No. 21, derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) 2009 (nota del autor).

conjunto de libertades culturales, garantizadas constitucionalmente en Ecuador, y que se complementan con el principio de no exclusión de los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Al leer el artículo 21 de la CRE de 2008, se encuentra que las personas tienen derecho a “difundir sus propias expresiones culturales y a tener acceso a expresiones culturales diversas”; es decir, a la libertad de expresión cultural dentro de la cual como es lógico se encuentra la libertad de expresión a través del arte. Este artículo tendrá además concordancia con el artículo 16, numeral 1, que señala que todas las personas en forma individual o colectiva, tienen derecho a una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.

El artículo 22 continúa el trabajo de configuración cuando dice “que las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, y al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas [...]”; es decir, se reconoce el derecho a desarrollar la creatividad, lo cual únicamente se puede hacer en libertad, cuestión que estaría de antemano sobre entendida.

El artículo 23 se refiere al “derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales”, haciendo una explícita referencia a la garantía de la pública divulgación de las manifestaciones artísticas producto del ingenio y de la creatividad.

De esta forma, el constituyente ha modelado y constituido un derecho cultural, de libertad, que es la libertad de creación y expresión artística, que en tanto avanza el texto constitucional ecuatoriano, se va consolidando con mayor precisión, pues, en el artículo 377, que por primera vez en Ecuador se instauro un Sistema Nacional de Cultura, encontramos que una de las finalidades del referido sistema es la de “incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales [...]”.

Más adelante, en el artículo 379, numeral 4, se reconoce como parte del patrimonio cultural ecuatoriano, y objeto de salvaguarda por parte del Estado, *las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas*.

En este contexto normativo, y si atendemos al texto constitucional vigente, la libertad de creación y expresión artística, está plenamente garantizada por el sistema

ecuatoriano de derechos constitucionales, y guarda relación con otros derechos²⁶⁸ tales como el de participación en la vida cultural de la comunidad, la identidad cultural, la difusión de sus propias expresiones culturales, la libertad estética, el espacio público, y además, en la parte orgánica de la Constitución, como fundamento mismo del Sistema Nacional de Cultura.

Si bien existen criterios que asumen la libertad de creación artística y la libertad de expresión artística son dos cosas distintas, y que deben estar separadas; el modelo ecuatoriano ha querido de forma acertada presentar la multidimensionalidad de una misma realidad sensible, y además reconoce la autonomía de la libertad de creación y expresión artística, configurándola dentro de su ordenamiento por medio de varios preceptos, que la dejan nítidamente establecida como un derecho de libertad de tipo cultural independiente, que reúne y armoniza para su ejercicio elementos, tanto de la libertad de expresión en general como aquellas particularidades propias de los derechos y libertades culturales.

Este enfoque sugerido por el constitucionalismo cultural ecuatoriano, sin lugar a dudas es mucho más progresista y audaz que la propia jurisprudencia interamericana, aunque habrá que ver en el futuro y en los casos concretos si en el ejercicio pragmático de tutela de las libertades culturales, el sistema nacional de garantías va a ponerse a la altura de este avance normativo que es verdaderamente significativo.

En Ecuador teóricamente son justiciables todos los derechos constitucionalmente reconocidos y también aquellos derechos humanos consagrados en tratados e instrumentos internacionales, sin embargo es una realidad incuestionable la falta de tutela de los derechos y libertades culturales, puesto que no solamente se puede señalar que no existe jurisprudencia sobre el tema, sino que además no se han desarrollado las herramientas teóricas para entender su compleja dimensión jurídica.

Empero, no podemos negar que en el plano estrictamente normativo, en la Constitución ecuatoriana, se encuentra totalmente instaurada la libertad de creación y

²⁶⁸ Conviene señalar que el artículo 11, numeral 6 de la Constitución ecuatoriana señala que “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.” Destacan nítidamente los principios de indivisibilidad e interdependencia que determinan que todos los derechos de las personas están relacionados entre sí, y no existen unos derechos mas importantes que otros, lo que significa que en los casos concretos deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados (nota del autor).

expresión artística como derecho constitucional autónomo y singularizado, y sin renunciar a su complejidad.

2.3. Configuración de la libertad de creación y expresión artística

En Ecuador, al igual que en muchos países del mundo, la libertad de creación y expresión artística ha sido muy poco estudiada, resultando indispensable hacer un ejercicio reflexivo con el fin de configurar este derecho, en la perspectiva del nuevo constitucionalismo ecuatoriano:

2.3.1. Justificación de la libertad de creación y expresión artística

De inicio se puede afirmar que se justifica totalmente que esta libertad cultural esté incorporada en la Constitución; debido al entorno de conflictividad en que se desenvuelve y las persistentes condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran creadores y artistas.

Inmediatamente la subsecuente pregunta que hay que responder es la siguiente: ¿Se justifica la protección jurídica la libertad de creación y expresión artística en el Ecuador? y la respuesta es afirmativa, fundamentalmente en atención a los siguientes aspectos:

2.3.1.1. *El creciente interés por garantizar los derechos culturales*

En la actualidad existe un creciente interés por ir tutelando las distintas manifestaciones de la dignidad humana, y va tomando gran importancia la protección de los derechos culturales, tanto a nivel del derecho internacional de los derechos humanos, cuanto por parte de los constitucionalismos nacionales, tal es el caso de Bolivia, Canadá, Colombia, y cuyas reivindicaciones fueron materia de interés del último proceso constituyente ecuatoriano, para finalmente ser incorporadas a la Norma Suprema del Estado, con una filosofía que implica vincular al individuo o a un grupo o colectivo con su medio cultural, enfatizando en el carácter diferencialista de tales derechos, que pueden ser definidos como aquellos que posibilitan el ejercicio libre y autónomo de actividades culturales que contribuyan a vivenciar el infinito proceso de desarrollo de su identidad, lo que implica acceder a los recursos necesarios para ello.²⁶⁹

²⁶⁹ Amplia información en Patricio Meyer-Bisch, “A centralidades dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos”, *Revista Observatório Itaú Cultural*, No. 11 (enero-abril de 2011).

En esta lógica la garantía de la libertad de creación y expresión artística será un asunto decisivo en las demandas por el reconocimiento, promoción y protección de los derechos y libertades culturales, puesto que:

Si los derechos culturales han de beneficiar a todas las personas por igual, la importancia de ubicarlos en el escenario de los derechos fundamentales se justifica porque disfrutarían de las mismas garantías que los derechos humanos. Entre estas garantías destacan principalmente dos: primero, la protección de tribunales ordinarios y constitucionales, a través de una tutela judicial para su defensa como, por ejemplo, el recurso de amparo; segundo, la garantía de su esencia, ya que una vez que han sido adoptados los derechos fundamentales, las mayorías parlamentarias no los pueden cuestionar.²⁷⁰

Lo que significa que el reconocimiento de la libertad de creación artística demanda la acción efectiva de protección en el orden jurisdiccional, los recursos constitucionales adecuados para su garantía, la garantía de su esencia la cual es aún incierta en Ecuador, toda vez que la garantía del contenido esencial de la libertad de creación y expresión artística no ha sido desarrollada por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, y por supuesto la observancia del principio de no regresividad señalado en el caso ecuatoriano en el inciso segundo del numeral 8 del artículo 11 de la Constitución, el mismo que preceptúa que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

2.3.1.2. La evidente situación de vulnerabilidad del creador artístico ecuatoriano

La relatora de derechos culturales de la ONU, Farida Shaheed, en su Informe sobre el Derecho a la Libertad de Expresión y Creación Artísticas, del año 2013, destacó la situación de desprotección que viven los artistas y creadores, toda vez que las expresiones artísticas, son constantemente atacadas por intereses políticos, religiosos, culturales, morales o económicos, alrededor del mundo.

²⁷⁰ Observatorio Cultural, “Enfoque de derechos y políticas culturales. Importancia y debate del carácter fundamental de los derechos culturales”, Observatorio cultural del Departamento de estudios del Consejo Nacional de la Cultura y las artes de Chile, <<http://www.observatoriocultural.gob.cl/revista/7-estudios/13-enfoque-de-derechos-y-politicas-culturales-importancia-y-debate-del-caracter-fundamental-de-los-derechos-culturales/>>, consulta: 1 de julio de 2015.

En Ecuador la situación no es distinta, y en virtud de la poca importancia que se da a la creación artística, sin lugar a dudas constituye un derecho constitucional permanentemente vulnerado, lo que coloca al creador artístico ecuatoriano en una desfavorable situación de indefensión y desamparo, situación que se agrava más con la indolencia, apatía e indiferencia del conjunto de la sociedad, que ve la arte como un pasatiempo inútil, y permite las vulneraciones a la libertad de creación y expresión artística, al considerarlas no solamente como algo normal, sino como cuestiones que no afectan la dignidad humana.

Este prejuicio es mucho más dramático cuando académicos, administradores de justicia y profesionales del derecho consideran los temas de libertad artística como asuntos triviales e insignificantes, de modo que mientras otros derechos y libertades son eficientemente y eficazmente amparados, aquellos vinculados al arte son desdeñados, dejando a los perjudicados de este tipo de vulneraciones en una situación de indefensión.²⁷¹

2.3.1.3. La difícil situación que atraviesa el quehacer cultural y artístico en Ecuador

Ecuador es un país cuya diversidad cultural y artística es impresionante, sin embargo de lo cual, existe un histórico menosprecio al arte y la cultura, una sobrecogedora realidad que hasta la fecha, no ha podido ser superada.

La situación de la cultura en el Ecuador es sumamente difícil, pues enfrenta problemas que van desde la folklorización de la cultura, la existencia de una institucionalidad cultural pública ineficiente, el reconocimiento de los derechos culturales en la normativa constitucional del año 2008, sin que existan los mecanismos idóneos para cumplirlos, una empresa privada totalmente desvinculada del quehacer cultural, una práctica eventista e inmediatecista que solo gira en función de la coyuntura y no a la imperiosa necesidad de generar vinculaciones y fortalecer imaginarios simbólicos que permitan evolucionar hacia espacios estimulantes para las personas; políticas públicas

²⁷¹ “Según María Beatriz Vergara esta falta de importancia que se le da a los asuntos relacionados al arte y a la cultura en el Ecuador se origina en la ausencia de un abordaje del tema del arte desde el arte y no desde la cultura.” Así manifiesta el artículo *¿Todo es arte? Algunos ecuatorianos piensan que sí*, publicado el 2 de febrero del 2015 por diario *El Comercio* de Ecuador, el cual puede leerse en: <http://www.elcomercio.com/tendencias/lamovidacultural-arte-ecuatorianos-credatos-entrevista.html>, consulta: 18 de julio del 2017).

erráticas, y un incomprensible temor al arte por considerarlo un recurso crítico y desestabilizador de las relaciones de poder.

Fue esta la razón por la cual algunos Asambleístas Constituyentes, vinculados al quehacer intelectual, impulsaron en la Asamblea de Montecristi, una agenda para tratar que la cultura y las artes adquirieran una dimensión distinta; lamentablemente la simple incorporación de ciertos enunciados en el texto constitucional, no hacen la diferencia y muchas veces la promesa constitucional queda impotente, ante la dureza de la realidad.

No obstante, al menos en sentido normativo, existe a nivel constitucional un reconocimiento de los derechos culturales y dentro de ellos de la libertad de creación y expresión artística, quedando en pie el desafío de implementarlos en forma efectiva, pertinente y real.²⁷²

2.3.1.3.1. *El cambio de la matriz productiva*

A más de la necesidad de tutelar la libertad de creación y expresión artística, como una dimensión importante de la dignidad humana, en un escenario de menosprecio de las artes y la cultura, que dejan a los creadores artísticos en una situación de inseguridad y escarnio, aparece el tema del cambio de la matriz productiva que puede presentar dos escenarios para el creador artístico ecuatoriano.

El primero, a través del cual podría redimirse la situación actual de intelectuales, creadores y artistas, quienes pudieran tener un protagonismo remozado en perspectiva de una economía creativa; o un escenario en el cual el creador artístico sea objeto de una inmisericorde explotación por parte de los intereses del mercado y del propio Estado, al hacer de las artes y la cultura una simple mercancía.

²⁷² “Más allá de la retórica que rodea los debates de la Ley: fomento, libertad, creación, autonomía, etc., probablemente sea en lo conceptual en donde el proyecto expresa sus mayores antinomias. Cuando discutimos enfoques de cultura —más aún cuando se plantea en plural— estamos poniendo sobre el tapete formas de pensar y actuar sobre la relación entre estética, poder y política, y en ello no hay neutralidad posible. El proyecto tiene una enorme dificultad para conciliar distintas vertientes de pensamiento en materia de política cultural: las de origen culturalista, antropológico o marxista. Forma, entre todas ellas, una suerte de pastiche ideológico que se traducirá en inevitables disputas al momento de intentar aplicar la ley. El papel aguanta todo, la realidad no.” Duran Lucía, *Ley Orgánica de Cultura (s): pastiche y deuda*, en <http://gkillcity.com/articulos/el-mirador-politico/ley-organica-cultura-s-pastiche-y-deuda>, consulta: 18 de julio del 2017.

El mundo entero va hacia una civilización distinta, hacia una civilización pospetrolera, que requiere de otro tipo de funcionamiento de la economía, en la cual la llamada economía creativa puede tener especial protagonismo, puesto que:

las industrias creativas generan empleos y valor con un impacto sobre la naturaleza menor al de las demás actividades económicas. El planeta no podrá sustentar a ocho o a nueve billones de personas viviendo el estilo de vida “petróleo-dependiente” de EUA o Europa. La única manera de tener una economía global creciente, sostenible y capaz de ofrecerle mejor calidad de vida al grueso de la población mundial consiste en promover la economía creativa y, sobre todo, en aplicar el poder de la creatividad en todas las esferas de la vida económica.²⁷³

Ecuador está apostando por un cambio de la matriz productiva, y en este proceso el arte y las industrias culturales, deberían ser consideradas como una opción importante, así como lo han hecho Colombia, México, Argentina y otros países de Latinoamérica, toda vez que nuestro país a pesar de su potencial, no ha sabido aprovechar adecuadamente las oportunidades que le puede brindar el arte y la cultura.

Sin embargo, y de presentarse este nuevo escenario será necesario un tratamiento especial del derecho a la libertad de creación y expresión artística, pues una desatinada implementación de esta estrategia puede generar una disrupción cultural, en la cual sería inminente la separación y confrontación entre economía y cultura, economía y derechos culturales, economía y buen vivir, y lo que inicialmente puede mostrarse como una aparente oportunidad para reivindicar al arte y la cultura, puede finalmente convertirse en una trampa mortal para la libertad artística, al volver al acto creativo una consecuencia de las necesidades del mercado.

Se impone también la necesidad de debatir sobre la utilidad de lo inútil *-nuccio ordine-* la importancia de la búsqueda de la belleza frente a las leyes del mercado y el beneficio, como la única salida para evitar un mundo deshumanizado.

²⁷³ Jhon Newbigin, *La economía creativa. Una guía introductoria* (Londres: British Council 2-Unidad de Economía Creativa, 2010), 19.

Por ello el reconocimiento de la libertad de creación y expresión artística, junto a los demás derechos culturales, pueden constituir la única defensa, frente a codiciosos intereses utilitaristas.

2.3.2. Contenido de la libertad de creación y expresión artística

La libertad de creación y expresión artística, está garantizado en el Ecuador, como un derecho de libertad, en el cual se identifica nítidamente el componente *creación* que bien pudiéramos asumirlo como un derecho de la personalidad,²⁷⁴ que luego se complementa con otro derecho como es la *expresión* de su producción, el cual además tendrá dos aspectos, uno positivo relacionado con la difusión del resultado de la creación, y otro pasivo que se configuraría en la libertad de las personas en recibir la expresión artística.

Si bien a nivel nacional, no existe jurisprudencia sobre el tema, por medio de la analogía *juris*, nos acercamos al tratamiento constitucional de este derecho de libertad, a través de la Sentencia No. T-104/96 de la Corte Constitucional Colombiana, la cual es sumamente esclarecedora:

La libertad de expresión artística comporta dos aspectos claramente diferenciables: el derecho de las personas a crear o proyectar artísticamente su pensamiento, y el derecho a difundir y dar a conocer sus obras al público. El primero de ellos, dado su alcance netamente íntimo, no admite restricción alguna, aparte de las limitaciones naturales que la técnica escogida le imponga al artista, y las fronteras de su propia capacidad para convertir en realidad material lo que previamente existe solo en su imaginación. Cualquier acto, particular o de autoridad, que pretendiese poner freno al desarrollo del impulso vital del hombre creador, constituiría una afrenta a su dignidad humana.(...) Las autoridades de la República no están llamadas a imponer restricciones en la elección que el artista haga de la técnica a través de la cual pretende expresar su arte, ni pueden legítimamente determinar el contenido de una obra, pues cualquier limitación en estas materias vulneraría la esencia misma del derecho. En la segunda libertad ínsita en el derecho a la libre expresión del arte –la de dar a conocer las obras creadas–.²⁷⁵

El párrafo anteriormente transcrito, tiene un profundo significado pues diferencia con claridad los componentes creación y expresión, señalando que la creación artística es un espacio absolutamente íntimo del creador cuyo único límite bien podría estar en su propia imaginación, de modo que toda afrenta contra el proceso de creación el acto

²⁷⁴ José Castán Tobeñas, *Los derechos de la personalidad* (Madrid: Reus, 1952), 15.

²⁷⁵ El texto íntegro de la sentencia puede leerse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-104-96.htm>, consulta: 11 de enero de 2014.

artístico en sí mismo, significará una vulneración de la dignidad humana; en tanto que la expresión, manifestación y difusión de la obra de arte debe estar libre de toda imposición o censura.

No debemos olvidar que esta resolución comparte criterios ya expresados en la sentencia del caso Mephisto, analizado en el capítulo I apartado 1.4.2.1, respecto a la autonomía del arte, y la exclusión de restricciones al concepto de arte.

La libertad de creación y de expresión artística en el sistema constitucional ecuatoriano es intrínseca a toda expresión o manifestación artística, está incorporada al catálogo de derechos constitucionales, y por tanto está garantizada por el Estado constitucional democrático de derechos y justicia, de tal forma que con ningún pretexto y bajo ninguna circunstancia, salvo las normales restricciones a este tipo de derechos, una agencia estatal, un servidor público o cualquier persona podrá tachar, suprimir, borrar, reprobar, desaprobado, censurar o modificar la obra de un artista; y aún más, no se podrá constituir o implantar ningún tipo de mecanismo que obstruya, reprima, retrase, interrumpa o limite el ejercicio de este derecho de libertad.

La Constitución ecuatoriana, construye con mucho detalle los fundamentos sobre los cuales la libertad de creación y expresión artística debe estar tutelada, empezando con el artículo 21 del texto constitucional, en el cual garantiza expresamente la libertad de toda persona para difundir sus propias expresiones culturales, continúa en el artículo 22 del mismo cuerpo normativo consagrando como un derecho el ejercicio digno sostenido de las actividades artísticas, y luego en el artículo 23 de la Constitución garantiza el derecho a difundir en el espacio público las expresiones culturales.

Sin lugar a dudas, estos tres principios son importantes, pues atribuyen de una autonomía propia a la libertad de expresión cultural y artística, de modo que desde la propia normativa constitucional, ya no se la entiende como un apéndice de la libertad de expresión en general, que por supuesto en el texto ecuatoriano está tutelada en el artículo 16. Además y aunque suene redundante, el hablar de un ejercicio del arte, no solamente tiene que ver con una práctica decorosa de dicha actividad, sino que se trata de una forma directa, de resguardar la dignidad humana, más aún si tomamos en cuenta que en el preámbulo de la Constitución se habla del respeto a todas las dimensiones de la dignidad.

En cuanto a la relación de la expresión del arte y el espacio público, tiene que ver mucho con el derecho a la ciudad, que es un derecho colectivo, culturalmente rico y diversificado.²⁷⁶

En el artículo 378 que tiene que ver con el Sistema Nacional de Cultura, de manera absolutamente clara, la Constitución consagra el respeto que debe existir para la libertad de creación y expresión artística, cuando dice, que el Estado ejercerá la rectoría del sistema por medio del órgano competente, con respeto a la libertad de creación y expresión.

Posteriormente, en los artículos 379 y 380 se reconoce que las creaciones artísticas son parte del patrimonio cultural, y por tanto, objeto de protección, puntualizando frente a ello las responsabilidades del Estado.

Evidentemente, la Constitución de Montecristi, apuesta por la idea de considerar al sector cultura como estratégico para el buen vivir, y por tanto el rol de la creatividad artística toma otras dimensiones.

En consecuencia el contenido de esta libertad cultural esta determinado por la tutela del proceso creativo de la obra de arte, el acto creativo, la obra de arte, y la difusión, transmisión y divulgación de la misma. Sin embargo sería ingenuo ignorar que detrás de la incorporación constitucional de esta libertad cultural, no existe una intención por controlarla, disminuir su vehemencia revolucionaria, y homogenizarla para que se vuelva funcional al sistema.

De este modo a través de la normativa constitucional, una norma infrainstitucional que estatiza la cultura, y los usuales programas de subención, lo que se hace es consolidar un entramado normativo, económico y burocrático, para vigilar, manejar, manipular y subyugar a la creación y expresión del arte en libertad,

2.3.3. Titulares de la libertad de creación y expresión artística

La libertad de creación y expresión artística no se configura como un derecho de libertad que les asiste únicamente a los artistas o creadores, sino en general a todas las personas.

²⁷⁶ Amplia información en la *Carta mundial por el derecho a la ciudad*, preparada por el Foro social de las Américas, <http://www.aerpuertocuenca.ec/Carta_Mundial.pdf>, consulta: 23 de enero de 2014.

En consecuencia, serán titulares de este derecho tal y como lo señala el artículo 10 de la CRE las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, toda vez que el arte sin lugar a dudas es un medio fundamental, por el cual las personas en forma individual o colectiva pueden desarrollar y expresar su propia naturaleza humana, sus ideas, su percepción del mundo y la realidad, y por supuesto exteriorizar los motivos de aquello que para sí y su grupo significan su existencia en un momento, lugar y tiempo en forma artística. Por tanto, los seres humanos de todas las sociedades desde tiempos inmemoriales hasta nuestros días inventan y muestran sus creaciones y expresiones artísticas, alrededor de las cuales construyen su existencia.

En cuanto al artista, en términos generales, es aquella persona que ejercita las artes y produce obras artísticas, sin embargo se torna difícil encontrar una definición para arte, ya que este aparece como suerte de laboratorio en donde se experimenta con “nuevas formas de ser, de vivir, de actuar, de pensar o de considerar el cuerpo, la vida y la singularidad”.²⁷⁷ Además debemos reconocer al artista como sujeto político, lo que implica entender que todo artista hace política cuando hace arte. El acento que hemos puesto en el rol político del artista, tiene que ver con su derecho a crear y expresar su obra, y a las garantías que el Estado debe brindar para aquello, además nos ayuda a entender desde una visión objetiva las razones que originan las limitaciones a las libertades artísticas; no podemos dejar de señalar que no es posible definir adecuadamente la libertad de expresión y creación artística, si la desvinculamos del derecho de todas las personas a acceder y gozar de las artes, en atención a su naturaleza compleja.

2.3.4. Sujeto pasivo la libertad de creación y expresión artística

Cuando hablamos de sujeto pasivo nos referimos, sujeto titular de la obligación de respeto y tutela de los derechos, en este caso el Estado, temática sobre la cual es necesario hacer algunas consideraciones.

La reflexión del pensamiento jurídico ecuatoriano sobre derechos y libertades culturales en general es aún incipiente, el debate académico ha sido muy limitado, y podríamos decir que inclusive está lleno de ideas preconcebidas, lo que genera la

²⁷⁷ Michel Onfray, *La construcción de uno mismo* (Buenos Aires: Perfil libros, 2000), 92.

percepción que en el país la cultura no tiene importancia, y que se la considera como una actividad accesoria y secundaria.²⁷⁸

Como ya se apuntó, el debate sobre derechos culturales en el Ecuador, recién se hace presente en la Asamblea Constituyente de 2008 y de algún modo sigue latente en el trámite del proyecto de Ley de Cultura, sin embargo, no se ha abordado a profundidad el rol de los derechos y libertades culturales en el sistema ecuatoriano de derecho constitucionales, lo cual resulta preocupante pues derechos cuyo contenido, alcance y justiciabilidad no han sido definidos, no serán más que una declaración retórica.

Constitucionalmente, el tema cultura y la libertad de creación y expresión artística aparece tanto en el apartado relativo a los derechos del buen vivir, como también en el régimen del buen vivir, con lo cual no es posible desconocer la puntualización normativa del Estado intercultural, y la puntualización de una herramienta práctica para intervenir en la vida social, como es el Sistema Nacional de Cultura, lo cual nos conduce a señalar que por mandato constitucional los poderes públicos están obligados a realizar una labor activa en favor de la interculturalidad; situación que en la práctica, enfrentará, seguramente, diversas formas de tensión entre los principios de neutralidad y de intervención en la cultura.

El Estado por tanto debería ser el principal promotor y animador de la cultura, cuidando siempre de no cercenar las libertades culturales, puesto que la Constitución ecuatoriana en el artículo 380, numeral 3, establece nítidamente como responsabilidad del mismo: “Asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación cultural y artística nacional independiente”.

La riqueza de preceptos constitucionales dedicados a lo cultural, confirma la importancia que la Constitución de Montecristi concedió al tema; la consagración de un Estado intercultural es una decisión política fundamental, más aún cuando va acompañada del tema de la plurinacionalidad, ya que el Estado ecuatoriano constitucional de derechos

²⁷⁸ Alain Touraine, en una entrevista concedida a Luis Ángel Fernández, dijo: “Actualmente, el tema fundamental es la defensa de los derechos culturales. Es el principal punto de la agenda en un mundo de consumo de masas, de comunicación de masas, donde el poder social no se limita más al poder político, sino que se ha extendido al poder económico y ahora al poder cultural con los mass media. El asunto de los derechos culturales es central”. Luis Ángel Fernández, <http://www.lafh.info/articleViewPage.php?art_ID=527>, consulta: 20 de septiembre de 2011.

y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico se presenta como un Estado multidimensional, vanguardista, renovador y progresista, que supera el Estado social y democrático de derecho, ya que según lo expresa el preámbulo del texto constitucional, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*, el cual desde la perspectiva de la libertad de creación y expresión artística promueve: “No más dominio, control y explotación de la política en la sociedad, sino imaginación y creatividad para cambiar el mundo. La verdad del arte es producto de la imaginación, pues ella genera ideas que, lejos de desgastar la realidad, activan la posibilidad de producir nuevos fundamentos. La actividad imaginativa potencia la productividad creativa de la sociedad y de la acción humana individual.”²⁷⁹

Si bien en Ecuador la constitucionalización de la cultura, aparece de forma explícita en la Constitución de 1945, el texto constitucional vigente es una expresión mucho más avanzada del constitucionalismo cultural, pues al reconocer el pleno ejercicio de los derechos y libertades culturales, la tutela de los mismos será prioritaria, en atención a lo estipulado por el primer inciso del numeral nueve del artículo 11 que señala: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Obligación general del sujeto titular de la obligación de respeto y tutela de los derechos culturales dentro de los cuales se encuentra la libertad de creación y expresión artística, que se complementa con las responsabilidades del Estado, señaladas en el artículo 380 de la CRE y, fundamentalmente, en la esfera del derecho a crear arte y expresarlo en libertad son:

La protección, defensa, conservación, restauración, difusión y acrecentamiento del patrimonio cultural tangible e intangible, dentro del cual se encuentran consideradas las creaciones artísticas, según el artículo 379, numeral 4 de la Constitución vigente.

²⁷⁹ Orlando Morillo Santacruz, “Lo popular como expresión artística. Interculturalidad y transdisciplinariedad”, *Calle14: revista de investigación en el campo del arte* 7, No. 9 (junio-diciembre de 2012) (Bogotá: Universidad Distrital Francisco José de Caldas), 47.

El aseguramiento que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación cultural y artística nacional independiente.

El establecimiento de incentivos y estímulos para que las personas, instituciones, empresas y medios de comunicación promuevan, apoyen, desarrollen y financien actividades culturales y artísticas.

El garantizar la diversidad en la oferta cultural y promover la producción nacional de bienes culturales, así como su difusión masiva.

El garantizar los fondos suficientes y oportunos para la ejecución de la política cultural, cuyo núcleo fundamental esta indiscutiblemente en la creación y expresión del arte.

En cuanto al rol de que cumplir el Estado como sujeto pasivo, no hay que olvidar que, “la identificación del contenido central de un derecho no supone que el resto del derecho no sea importante y que, por tanto, deba negarse. Los Estados también deben adoptar medidas relativas a los aspectos que no forman parte del contenido central. El contenido central es un mínimo que los Estados deben garantizar, pero están obligados a hacer todo cuanto esté en sus manos para hacer más que solo el mínimo.”²⁸⁰

Finalmente, no se puede dejar de señalar que en el sistema constitucional ecuatoriano los particulares también pudieran ser responsables tal y como lo determina el artículo 20, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dice en su primer inciso: “Declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia *la responsabilidad del Estado o de la persona particular*” (énfasis añadido). En el caso de la garantía de derechos por medio de la acción de protección, la CRE en su artículo 88 señala que esta tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, también en el caso que la violación proceda de una persona particular.

La responsabilidad de los particulares frente a las violaciones de derechos, ha sido contemplada con el fin de resguardar a quienes están en una posición de desventaja o

²⁸⁰ Yvonne Donders, “El marco legal del derecho a participar en la vida cultural”, en Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), *Derechos culturales y desarrollo humano* (Madrid: AECID, 2004), 5.

vulnerabilidad, frente a ciertos particulares que poseen algún poder y lo ejercen de manera arbitraria, debiendo siempre analizar detenidamente todas y cada una de las circunstancias que pudieran presentarse en los casos concretos.

2.4. Ejercicio de la libertad de creación y expresión artística

El ejercicio de la libertad de expresión y creación artística requiere no solamente un *dejar hacer* por parte del Estado, sino que además de garantizar la no injerencia en el proceso de creación y expresión del artista, debe asumir una actitud positiva en favor de generar las condiciones para que esta libertad cultural sea verdaderamente disfrutable, además se trata de un tipo de derecho de libertad esencialmente democrático, que debe ejercerse ante todo a través de la participación ciudadana, pues se encuentra directamente vinculado con el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

En nuestro país existen además, otras dimensiones aún más complejas respecto al ejercicio de este derecho que merecen ser consideradas, y que tiene que ver con su ejercicio en relación con la ciudadanía cultural, y la democracia cultural participativa.

2.4.1. El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística como fundamento de la ciudadanía cultural

A lo largo de la historia del constitucionalismo ecuatoriano, jamás se ha tenido una Constitución tan preocupada en que la dignidad humana a través del ejercicio de unos derechos inalienables, se constituya en el fundamento del ordenamiento jurídico, lamentablemente ha sido el ejercicio del poder el que en ciertos casos ha pretendido subrepticamente implementar una práctica arbitraria, por la cual se ha pretendido minimizar las múltiples dimensiones dignidad reduciéndola al simple ejercicio de ciertas libertades públicas debidamente observadas, controladas y autorizadas por el poder, o a su vez y bajo el pretexto del interés general vulnerarla dando preeminencia a cualquier acto del querer estatal, generalmente, por razones utilitaristas, que al menos en un plano teórico, chocan con la filosofía humanista de los derechos que promueve la emancipación de las personas, de toda clase de sometimientos, y potestades, inclusive aquellas de orden legal y no legítimo que conculquen su dignidad.

Hablar de *dignidad humana* es difícil por tratarse de un concepto polisémico y que tiene profundas connotaciones filosóficas, que rebasa el contenido del presente

trabajo, sin embargo no se puede dejar de recordar que el de la dignidad humana es el cimiento de los derechos humanos, de los derechos constitucionales, de la propia Constitución, y por tanto del propio Estado constitucional democrático de derechos y justicia.

Junto al concepto de dignidad humana aparece otro que es el de *ciudadanía*,²⁸¹ y que tiene que ver con la pertenencia de una persona a una comunidad jurídicamente organizada, y si bien desde la *teoría del Estado*²⁸² y, posteriormente, desde el derecho administrativo, se ha trabajado mucho sobre este tema, consideramos que ante todo la ciudadanía es un concepto cultural problemático, totalmente dinámico, multifacético, reivindicable, pero de ninguna manera abstracto.

En virtud del desarrollo y consolidación de los derechos constitucionales, hablamos de una ciudadanía civil, de una ciudadanía política, de una ciudadanía social y de una *ciudadanía cultural* relacionada naturalmente con los derechos civiles, políticos, sociales y culturales; no es que se trate de especies distintas, sino de expresiones de la ciudadanía integral, que podemos identificarlas sin mayores dificultades si atendemos a su ejercicio.

En una etapa en la que aparentemente se ha entrado en el *constitucionalismo cultural*, es evidente que habrá que poner mucha atención a la categoría *ciudadanía cultural*, que además está directamente relacionada con el Estado intercultural, lo cual está directamente vinculado con la recomposición de las relaciones de poder.

El concepto de ciudadanía cultural viene siendo discutido en el seno de la UNESCO, y en la obra de pensadores contemporáneos como Toby Miller,²⁸³ Renato Rosaldo²⁸⁴ y Will Kymlicka,²⁸⁵ significa en términos sencillos que toda persona no solo debe ejercer los derechos civiles, políticos, económicos y sociales reconocidos por la Constitución y el sistema jurídico de su país, sino que es necesario que tenga derecho y

²⁸¹ Amplia información sobre el tema en Derek Heater, *Ciudadanía. Una breve historia* (Madrid: Alianza, 2007).

²⁸² Ver Paoli Bolio Francisco José, *Teoría del Estado* (México DF: Trillas, 2009).

²⁸³ Ver Toby Miller, *Cultural Citizenship: Cosmopolitanism, Consumerism, and Television in a Neoliberal Age* (Philadelphia: Temple University Press, 2007) y Toby Miller *Culture, Dislocation, and Citizenship*, en Emory Elliott, Jasmine Payne y Patricia Ploesch, *Global Migration, Social Change, and Cultural Transformation* (Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008).

²⁸⁴ Renato Rosaldo, *Cultura y verdad: La reconstrucción del análisis social* (Quito: Abya-Yala, 2000).

²⁸⁵ Will Kymlicka. *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías* (Barcelona: Paidós, 1996).

acceso a los bienes culturales, tanto materiales como simbólicos, de tal modo que al participar en la estructura política, económica y social intervenga de manera activa en la vida cultural de su entorno social, ejerciendo las libertades de creación y expresión, y así ser parte de los circuitos de la oferta y el consumo cultural, colaborando con la industria cultural, estableciendo cualquier relación con los medios de comunicación, para ocupar, usar, e interactuar en y con los espacios públicos, recreativos y culturales de su medio, y ejerciendo plenamente sus derechos, aproximarse “al significado que nutre a diferentes grupos sobre la resolución de los derechos de reconocimiento y diversas formas de incorporación; al tiempo que pueda ver las distintas maneras en que los sujetos activan “sus anclajes profundos” en función de imaginarios de futuro en relación con la estructura social”.²⁸⁶

La *ciudadanía cultural* es un supuesto que está presente en forma tácita en el constitucionalismo ecuatoriano, al punto que el 23 de noviembre de 2010, el Ministerio de Cultura del Ecuador presentó un primer plan piloto sobre el tema en las provincias amazónicas de Napo, Pastaza, Orellana y Morona Santiago, cuyos resultados aún no han sido debidamente sociabilizados, para evaluar su trascendencia.

El ejercicio de la *ciudadanía cultural* no se trata solamente de permitir que la comunidad se acerque a un conjunto de actividades artísticas, lúdicas o de esparcimiento, sino que principalmente significa que en el Sistema Constitucional ecuatoriano tiene una especial y preponderante importancia para con el Estado intercultural, y la forma de encarar las nuevas relaciones de poder, ya que:

Cuando hablamos de ciudadanía cultural se hace necesario conocer las aspiraciones legítimas de los grupos subordinados. En ese sentido, yo cuestionaría el concepto de “bien común” y, por este motivo, diría que la “ciudadanía cultural” no es “cultura ciudadana”. Cuando se escuchan estos conceptos, uno debe preguntarse: ¿Quién tiene la autoridad de decir lo que es el “bien común”?, ¿de definir los códigos del “espacio público”?, ¿de establecer qué es la “sociedad civil”? Hay que estar atento y dilucidar desde qué punto de vista se está haciendo un análisis determinado en el cual se están usando estos conceptos, y debemos preguntarnos entonces, ¿quiénes pertenecen al grupo

²⁸⁶ Gerardo León, “Comunicación y ciudadanía cultural. la migración como práctica de comunicación”, *Razón y Palabra* 13, No. 61 (marzo-abril de 2008) (México DF: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey). <<http://www.razonypalabra.org.mx/N/n66/actual/jleon.html>>, consulta: 23 de enero de 2014.

que ostenta ese punto de vista? ¿Quiénes son y quiénes no son los constituyentes del “nosotros” de que se habla?²⁸⁷

Al hacer referencia a la libertad de creación y expresión artística, se habla de la posibilidad democrática de recomponer el tejido social ecuatoriano desde el arte, para reconfigurar al propio Estado constitucional y democrático de derechos y justicia, pues la libertad de creación y expresión artística al constituirse el elemento fundante de la ciudadanía cultural, expresa su capacidad de imaginar y crear su realidad por medio de su participación en la vida pública, logrando evidenciar las contradicciones y los conflictos sociales, de tal manera, que el auténtico ejercicio de la ciudadanía, posibilitará redimensionar dichos conflictos más allá de los evidentes antagonismos, que eventualmente surgen de las relaciones de poder que siempre son difíciles.

Del mismo modo, la libertad de creación y expresión artística posibilita el encuentro entre diferentes, lo cual significa empezar a exigir que el llamado Estado intercultural se exprese en la cotidianidad, entendiendo que ciudadanía y cultura van siempre entrelazadas, de tal manera que si no somos capaces de entender las dinámicas de nuestras propias discordancias sociales, con las que necesariamente debemos aprender a vivir practicando la alteridad y la tolerancia, se volvería imposible construir pacíficamente la relación intercultural entre ecuatorianos, y en este orden de ideas, el rol de las artes será el de mostrar, entender y explicar desde otros códigos tales desajustes y desarmonías humanas y sociales, expresando en el hecho estético la dinámica de tales situaciones, y así evidenciar el tipo de sociedad que queremos construir, en la cual desde las vanguardias del arte, se pueda rebasar la nefasta separación entre el hombre y el ciudadano que sin lugar a dudas ha sido la principal característica del derecho moderno.²⁸⁸

Resulta una gran empresa libertaria y revolucionaria, intentar dotar de contenido desde lo simbólico al concepto del buen vivir, el cual es la matriz del modelo de desarrollo ecuatoriano; enriquecerlo desde la creatividad y lo sensible, desde el diáfano

²⁸⁷ Renato Rosaldo, “La pertenencia no es un lujo: Procesos de ciudadanía cultural dentro de una sociedad multicultural”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica*, No. 3 (primavera de 2000) (México DF: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social): 6, <<http://www.redalyc.org/pdf/139/13900305.pdf>>, consulta: 23 de enero de 2014.

²⁸⁸ Costas Douzinas, “El fin(al) de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 7, t. 1. Madrid: Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2006), 316.

reconocimiento que la expresión artística puede ser un medio idóneo para construir diálogos, solidaridad, ciudadanía, democracia, convivencia y paz; y allí se exterioriza de forma peculiar el nuevo rol que demandaría el nuevo constitucionalismo cultural ecuatoriano desde la lógica de los derechos culturales a las ciudadanas y ciudadanos, y no solamente a artistas, actores y gestores culturales.

Posiblemente, se trata de la utopía de reafirmar que se requieren de nuevas experiencias de vivir la ciudadanía desde un nuevo humanismo, capaz de oxigenar y resignificar la teoría jurídica, fortalecer la autoestima de los pueblos, recuperar el valor de la palabra, vigorizar la solidaridad, la confianza, y la capacidad de crear y por lo tanto, atrevernos desde otras lógicas, siendo realistas y pidiendo quizás lo imposible,²⁸⁹ a ser capaces de lograr una profunda y verdadera transformación de la realidad, un mundo donde quepan muchos mundos,²⁹⁰ una patria que contenga a todos los pueblos, sus culturas, sus expresiones, su arte, su filosofía, sus lenguas, sus dialectos, su cosmovisión, sus saberes, su forma de vivir la espiritualidad y de entender la vida.

2.4.2. El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística como fundamento de la democracia cultural participativa

No podemos hablar de un ejercicio real de la *ciudadanía cultural* si esta no se expresa en el marco de una *democracia cultural participativa*, que según la Declaración de Políticas Culturales, de la UNESCO de 1982, “supone la más amplia participación del individuo y la sociedad en la producción de bienes culturales, en la toma de decisiones que conciernen a la vida cultural, y en la difusión y disfrute de la misma”.²⁹¹

Boaventura de Sousa Santos, propone la categoría democracia intercultural, como una exigencia del Estado intercultural, pluricultural y poscolonial²⁹² caracterizada por formas distintas de deliberación, de participación, formas de construir el consenso y manejar el disenso, y el reconocimiento de otras formas vinculadas a la identidad cultural;

²⁸⁹ “Sé realista, pide lo imposible” es un slogan emblemático del movimiento francés de mayo de 1968.

²⁹⁰ Amplia información en, Juana Ponce de León, *Nuestra arma es nuestra palabra: Escritos selectos. Subcomandante insurgente Marcos* (Nueva York: Seven Stories Press, 2001).

²⁹¹ UNESCO, Declaración de México sobre políticas culturales, <http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf>, consulta: 19 de febrero de 2014.

²⁹² Este planteamiento lo encontramos en el artículo “Las paradojas de nuestro tiempo” en Acosta y Martínez, comp., *Plurinacionalidad*, 55-62.

en nuestro caso hablamos de democracia cultural participativa entendiendo que ese concepto engloba a la democracia intercultural, que es una característica de países con una alta diversidad cultural, tal es el caso del Ecuador.

Se define a la *democracia cultural* como la “metodología de la acción liberadora de la sociedad, en la que se promueve la participación, partiendo de los intereses y necesidades de los propios ciudadanos y donde son los ciudadanos los que deciden en cada momento que es lo mejor y más conveniente”,²⁹³ y esta aproximación resulta bastante útil para este trabajo, porque trae consigo dos elementos que son los característicos de la democracia cultural participativa y que son la acción liberadora y la capacidad de decisión en ejercicio de la ciudadanía cultural, que además, son el fundamento de la soberanía, según el espíritu del inciso 2 del artículo 1 de la CRE.

Creemos que hablar de *democracia cultural participativa*, tiene dos aspectos, uno general que tiene que ver con la forma en que los pueblos asimilan a la democracia participativa como un valor de su cultura, y uno específico que se refiere a la democracia del día a día en los espacios del arte y la creación, sin embargo, la relación entre democracia y cultura siempre es un aspecto arduo y polémico.

No se trata simplemente de simplificar las cosas al punto de limitarnos a creer que el único vínculo, entre cultura y democracia radica en el hecho de alcanzar una cultura política que posibilite el vivir en un régimen democrático, pues al hacerlo estamos dejando afuera la reflexión respecto al debate sobre lo que la cultura puede contribuir para la consolidación y mejoramiento de los espacios reales de ejercicio de una democracia radical, deliberativa, disputatoria y emancipatoria.²⁹⁴

Ahora bien, el artículo 1 de la Constitución claramente caracteriza al Estado ecuatoriano como un Estado constitucional y democrático, y en función de ese punto de partida, se torna necesario discutir sobre qué puede ofrecer el nuevo tipo, modelo y forma del Estado, y por supuesto, el paradigma constitucional a la cultura ecuatoriana, a los

²⁹³ Democracia cultural, en Plataforma Ciudadana para la Información y la Participación Pública <<http://plataformagerena.wordpress.com/2008/07/09/democracia-cultural/>>, consulta: 24 de enero de 2014.

²⁹⁴ Amplia información en Ulrich Beck, *La invención de lo político* (México DF: FCE, 1999); Robert A. Dahl, *La democracia y sus críticos* (Buenos Aires: Paidós, 1991); Helmut Dubiel, Günter Frankenberg y Ulrich Rödel, *La cuestión democrática*, trad. por María Cándor Orduña (Madrid: Solitarios-Huerga y Fierro Editores, 1997); Philip Pettit, *Republicanism* (Barcelona: Paidós, 1999).

artistas, a los creadores, e interpelar si será capaz de devolver a los actores de la cultura y el arte aquello que el poder les ha arrebatado; es decir, la libertad, la pluralidad, la autodeterminación creativa, la real libertad de expresión artística, el reconocimiento a la pluralidad, la posibilidad de que les sean confiados la conceptualización y diseño de sus políticas culturales, la garantía de que las decisiones sobre arte y cultura no se van a tomar desde un escritorio, la posibilidad de inaugurar un debate académico serio que fortalezca el pensamiento y el arte crítico.

El poder en medio de sus artificios y su demagogia, no ha sido capaz de evitar utilizar al arte para sus fines, manipulando presupuestos, espacios públicos, y gente del medio institucionalizando un sistema que para su funcionamiento ha fabricado una gruesa costra de burócratas, encargados de posibilitar el ejercicio de la dominación en la esfera de la cultura, de modo que se produce una simbiosis entre intereses políticos y mecanismos de apoyo a la creación, que el caso ecuatoriano ha tenido consecuencias negativas, y cuyos efectos van imponiéndose inclusive a la promesa constitucional.

El ejercicio del *poder cultural*²⁹⁵ y la complicidad de los propios intelectuales, permitieron el entronamiento de una sórdida burocracia que, poco a poco, se ha ido apoderando de un incomprensible poder para decidir sobre la creatividad y las expresiones artísticas, a través de un manejo muy poco transparente de las instancias de apoyo a la creación y difusión del arte, propiciando la hegemonía de ciertas expresiones culturales que parecen emanar naturalmente de la realidad nacional, pero que el fondo son resultado de un proceso de sometimiento social, que esconde engañosamente unos objetivos predeterminados, cumpliendo una función de espectacularidad y desvirtuando el verdadero rol emancipatorio del arte.

En consecuencia, la única forma que el poder ha encontrado para controlar en forma encubierta el vigor y la capacidad crítica de los creadores, ha sido el sacrificar la democracia cultural participativa, y poner en manos de los burócratas la gestión de los estímulos a la creación y a la expresión del arte.

²⁹⁵ Utilizamos el concepto *poder cultural*, siguiendo el planteamiento de Enrique Serna. Amplia información en Enrique Serna, *Genealogía de la soberbia intelectual* (México DF: Taurus, 2013).

En Ecuador de hoy, y a pesar de la aprobación de la Ley Orgánica de Cultura,²⁹⁶ persiste el debate respecto a la institucionalidad cultural, en el cual dos instituciones representativas están en franca disputa, el Ministerio de Cultura de reciente creación y que ha sido determinado como el órgano rector de la cultura nacional y la histórica Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”, en ambas experiencias encontramos que el ejercicio del poder cultural, se ha convertido en mayor obstáculo para cumplir adecuadamente sus objetivos funciones de impulso la creación, la investigación, y la difusión del arte y la cultura.

La discusión en el plano institucional tiene que ver con la forma cómo se ha entendido la autonomía de la Casa de la Cultura, condición que fuera consagrada en la Constitución de 1998, y luego prácticamente eliminada por la última Asamblea Constituyente, al incorporarla como parte del Sistema Nacional de Cultura, según lo estipulado en el artículo 24 de la Ley de la materia, aunque el artículo 115 del mismo cuerpo legal se la define como una entidad con personería jurídica de derecho público, autonomía responsable y gestión desconcentrada, administrativa y financiera.

El escritor Raúl Pérez Torres, quien ha sido presidente de la Casa de Carrión por dos ocasiones, distingue entre la autonomía de creación artística y la autonomía económica institucional,²⁹⁷ para explicar que una cosa es el control del gobierno sobre el manejo de recursos financieros públicos y otra cosa la injerencia oficial en los procesos de creación artística.

En ambas posturas detectamos claramente la preocupación por las condiciones de la creación artística, frente a la intervención del Estado.

La polémica suscitada respecto a la autonomía de una institución cultural, cuya presencia se remonta a los años 40, pone en el centro del debate justamente a la libertad de creación y expresión artística, pues hay personas que creen que un espacio libre de la injerencia estatal es una garantía para que los intelectuales y artistas puedan hacer su trabajo en libertad, sin restricciones de ninguna especie, no obstante, desde otros sectores

²⁹⁶ La Ley Orgánica de Cultura fue publicada en el *RO* No. 913, el viernes 30 de diciembre de 2016 (Nota del autor).

²⁹⁷ Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Sudamérica, Raúl Pérez Torres: “La Casa de la cultura va hacia otro modelo de gestión”, 15 de mayo de 2013, <<http://www.andes.info.ec/es/cultura/raul-perez-torres-casa-cultura-va-hacia-nuevo-modelo-gestion.html>>, consulta: 15 de mayo de 2013.

se cuestiona que amparados en la autonomía de la Casa, un grupo de personas se convirtió en una élite cultural, cuya existencia es injustificable en un Estado constitucional y democrático, lo que evidencia lo difícil de la democracia cultural participativa en los espacios culturales oficiales.

Esta evidente debilidad democrática condujo a que se incorpore en la Ley Orgánica de Cultura la participación de los artistas, creadores y gestores culturales que no sean necesariamente miembros de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, en la designación de los directores y directorios provinciales de los núcleos, cumpliendo como único requisito la inscripción en el Registro Único de Artistas y Gestores Culturales (RUAC), herramientas del Sistema Integral de Información Cultural, que lamentablemente puede convertirse en un mecanismo de control de los actores culturales, dependiendo de la forma como sea manejada.

Por tanto, la insuficiencia de democracia cultural participativa, evidenciada en el Ecuador, a partir de la disputa de ciertas élites de la cultura,²⁹⁸ muestra de cuerpo entero una disputa por el control del poder cultural que por décadas lideró la Casa de la Cultura ecuatoriana, en el cual los grandes ausentes son los creadores, los intelectuales y los artistas, que miran desde lejos una contienda que los afecta directamente, al punto que casi nadie pone en duda que del juego de intereses radica en:

eliminar la autonomía de la Casa de la Cultura, cosa que no lograron gobiernos dictatoriales militares ni de ultra derecha. La Casa de la Cultura no es ninguna pera en dulce, pero hay que decir que existe materialmente, no es una abstracción poética o matemática, tiene una trayectoria casi centenaria, con muertos, heridos, conquistas y caídas, con burocratización al por mayor, pero existe más que la entelequia correísta llamada Ministerio de Cultura. El proyecto de ley circula por la atmósfera sin aire, en el vacío, y hay que decir, en honor a la verdad, que es ideal para ser aprobada por la vaciada inteligencia de los assembleístas “lighth” del grupo de Alianza País.²⁹⁹

²⁹⁸ “Las élites culturales se aferran a la crítica como garante de su reconocimiento como tales y de su continuidad. La alternativa es la sustitución del criterio de excelencia por el de éxito, cuyos peligros Karl Mannheim ya se ocupó de señalar, advirtiendo, cómo impone al relevo de las élites un ritmo demasiado rápido, que atenta contra la continuidad social, la cual depende de la lenta y gradual expansión de la influencia de los grupos dominantes”. Ver Ignacio Echevarría, “Apuntes sobre la elite cultural y la crítica”, *Revista UD*, No. 09P (2012) (Santiago: Universidad Diego Portales): 151 (Nota del autor).

²⁹⁹ Fabián Nuñez Baquero, “Arte, cultura y Burocracia cultural”, Umbral de las voces, <<http://umbralde lasvoces.blogspot.com/2013/09/arte-y-cultura-y-la-burocracia-cultural.html>>, consulta: 23 de abril de 2014.

La Casa de la Cultura, aun con su obesa burocracia es de hecho, la que ha venido funcionando, y su gestión ha abarcado las artes, la historia, la ciencia, la memoria social y la tecnología, desplegando una labor medianamente aceptable, e incurriendo en el error garrafal de subyugar a los creadores, artistas e intelectuales a la dominación casi dictatorial de una poderosísima burocracia, a su vez, comprometida con más de un conventículo de oportunistas.

La institucionalidad cultural del Ecuador, permanentemente justifica su ineficiencia en la escasez de recursos, sin embargo, afortunadamente el país jamás ha sufrido de falta de creadores, sin embargo y sacrificando los aspectos elementales de la democracia cultural participativa, las agencias del Estado del sector cultura han degenerado en camarillas que ostentan el poder cultural sin decoro.

Parecería que la discusión no es la correcta, que no se está debatiendo sobre el ejercicio de los derechos y libertades culturales, sobre el fomento al arte y la cultura, sobre las condiciones para el desarrollo del quehacer intelectual en el país, peor aún se está reflexionando sobre el ejercicio de ciudadanía cultural o de la democracia cultural participativa, no obstante no podemos dejar de poner un acento especial en el hecho que estamos ante un juego de poder en el cual importa mucho, quién ejerce el poder cultural, y cómo lo materializa en los procesos culturales y artísticos.

En medio de encendidos discursos sociales, en el ámbito de la cultura y el arte curiosamente rige la lógica de explotación capitalista, de modo que las prácticas en la toma de decisiones se parecen demasiado a las prácticas propias de los procesos de gestión de la rentabilidad, y en lugar de dueños de medios de producción explotando a los proletarios, nos encontramos con burócratas encargados de la administración cultural, haciendo lo mismo sobre los creadores, es decir beneficiándose del talento y la creatividad³⁰⁰ al punto que generalmente el creador o el artista no recibe nada por su

³⁰⁰ Dean Baker y Mark Weisbrot co-directores del *Center for Economic and Policy Research (CEPR)* en el año 2013 propusieron implementar en el Ecuador el sistema de vales para la libertad artística, emulando la deducción por contribuciones caritativas que existe bajo el código fiscal en los Estados Unidos, con el objetivo de lograr un mejor financiamiento para los creadores y artistas, garantizando sus libertades culturales; sin embargo hasta el momento esta propuesta no ha sido debatida y analizada, para valorar su viabilidad. (Nota del autor)

aporte cultural a la sociedad, en contraste con la burocracia cultural que sí es beneficiada con sueldos, salarios, viáticos y otros beneficios, que devengan con actividades meramente oficinescas.

A esto se suma una evidente reticencia del sector privado a involucrarse en cuestiones vinculadas a la cultura y el arte, tales como programaciones nacidas de su propia iniciativa, patrocinios, donativos, subvenciones, apoyos, etc. lo que vuelve mucho más difícil el panorama del arte y de la actividad del artista y del creador ecuatoriano a todo esto se debe añadir el hecho de que el sector privado cuyos vínculos con las oligarquías locales son evidentes, apuestan también por expresiones artísticas o culturales, en función de sus preferencias de clase o a sus intereses económicos, y entonces siempre podremos reconocer un sesgo ominoso.

Bajo esta lógica abyecta, tanto desde el sector público como del privado, el modelo de explotación de los intelectuales y creadores, que lamentablemente cada vez va agudizándose más en Ecuador, resigna el sistema garantista que posibilita la plena realización de los derechos y libertades culturales, y privilegia un modelo de normas reguladoras y procedimientos administrativos para controlar la plusvalía en una matriz de explotación completamente reñida, con el modelo de desarrollo social y solidario consagrado en la Constitución ecuatoriana del buen vivir.

Para lograr una eficiente implementación de la matriz de explotación de la creatividad, es indispensable contar con aparato burocrático sacralizado por una ley de cultura, que posibilite el sometimiento del creador; y así, por obra y gracia del derecho y bajo un velo de aparente legalidad, el burócrata será quien posibilite –según sus intereses– la realización del derecho a participar en la vida cultural de la comunidad y el ejercicio de la libre creación y expresión artística, pues se erige en la razón de ser del poeta, del pintor, del cineasta, del cantautor, de la sinfónica, al ser quien da la “oportunidad” o no, al creador o al artista en forma individual o colectiva.³⁰¹

³⁰¹ “Se trataría de encontrar una reflexión acerca de lo que significa el arte en la sociedad actual. Este carácter crítico propio de la creación es en el caso ecuatoriano importante a la hora de señalar la relevancia de su contribución, tanto como herramienta de libertad, como en relación a cuestiones que afectan a conceptos sociales o políticos” Fragmento de un texto escrito por José Luis Corazón Ardura para el catálogo de la muestra Poéticas del presente. (Nota del autor)

De este modo el fomento al arte y la cultura se desnaturaliza , y se convierte en un pretexto para justificar la ampliación de dependencias administrativas, y la mejor excusa de la burocracia cultural para justificar sus emolumentos, viajes, cuotas, y demás canonjías; y así, mientras el creador cuida por dotar de cierta complejidad y sustancia a su trabajo, para ir más allá inclusive de sus inquietudes intelectuales, la costra de funcionarios del sector cultura convierten al arte en producción en serie, en artesanía, en espectáculo trivial, en mercancía fácilmente comercializable.

Los burócratas del sector cultura, devenidos en caporales de la libertad de creación y expresión artística, quieren bibliotecas llenas de libros de autores nacionales, pero no están dispuestos a dotar a los escritores de los medios económicos para hacer su trabajo, quieren exposiciones de pinturas organizadas a partir del trabajo gratuito de los pintores, quieren músicos dispuestos a participar en dionisíacas verbenas a cambio de un refrigerio o un trago, y quienes no comparten esta praxis sometándose a los dictados de los mayores de turno, son completamente invisibilizados.³⁰²

La lucha por el reconocimiento y la autonomía de los derechos y libertades culturales, demandan un cambio trascendental en el Ecuador del buen vivir, en el cual los cultores del arte, los actores culturales, los intelectuales, los creadores, los artistas sean auténticamente los protagonistas del quehacer cultural, y no las autoridades del sector, los funcionarios, o el personal administrativo. La creatividad no puede fabricarse por ley o por decreto, la cultura tiene vida propia y puede desarrollarse sin una ley de cultura o sin un Ministerio de Cultura, pero nunca podrá existir sin la capacidad de crear de las personas, porque la creatividad siendo libre, como libre debe ser la posibilidad de expresar artísticamente la creación, es inherente a la naturaleza y la dignidad humana.

En Ecuador son evidentes las prácticas clientelares y la manipulación de las expresiones culturales a través de festivales, ceremonias, fiestas, homenajes, y espectáculos en las calles y plazas, que empiezan a operar como sustitutos de la creación artística, ahogando con frecuencia la verdadera naturaleza dinámica e innovadora de la

³⁰² “Es lo que pasa cuando la cultura se institucionaliza y burocratiza: termina por convertirse en un territorio con dueños y censores que dan o quitan; que ofrecen estímulos a sus amigos y desestiman a sus enemigos; que castigan a quien se atreve a contradecirlos. ¿De quién es la memoria de los artistas? ¿De quiénes osaron registrar sus nombres en un mundo capitalista en donde el apellido es marca? ¿Del poder estatal? ¿Del ministro de turno?...” Editorial 139 de la Revista Arcadia, <http://www.revistaarcadia.com/periodismo-cultural---revista-arcadia/articulo/burocracia-cultural/63101>, Consulta: 18 de julio del 2017

cultura ecuatoriana, bajo la idea recurrente que la cultura es una gran escenografía para hacer una exhibición artificial de una supuesta pluralidad democrática, con la justificación de democratizar el consumo masivo de las artes y garantizar la participación popular, y esta errada práctica cultural, como ya anotamos antes, exhibe con altivez las expresiones popularmente más rentables, al tiempo que, intencionalmente oculta otras sobresalientes expresiones artísticas más complejas, controvertidas, provocadoras o que susciten la reflexión, de modo que el apoyo estatal se muestra abiertamente en favor de la cultura del espectáculo y se resiste a potenciar un mejoramiento en el desarrollo de la cultura ecuatoriana.³⁰³

Evidentemente, la democracia cultural participativa en el Ecuador, está severamente disminuida por una injerencia gubernamental en la cultura que data de hace varias décadas, y que está caracterizada por una práctica clientelar, que no siendo un tema reciente, sino más bien una práctica histórica reiterada, lo menos que se espera a partir de la vigencia de una Constitución democrática y garantista de derechos, es que se corrija esta situación, desde una correcta interpretación de los principios constitucionales y con la implementación de una legislación secundaria coherente, que no se deje seducir ni por los mecanismos de persuasión del poder cultural, ni por las novelorías del nuevo pragmatismo gerencial.

2.5. Garantías a la libertad de creación y expresión artística

La Constitución ecuatoriana al referirse al régimen del buen vivir en sus artículos 340 y 341, señala que la protección integral que asegura el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución, funcionará, por medio de sistemas especializados, cuyo objetivo principal es precautelar cualquier tipo de vejación a la dignidad humana; pero además, la Constitución ecuatoriana trae en sus artículos 424, 425, 426, 427 y 428, unos principios muy claros que evidencian el grado jerárquico de las normas y su funcionamiento en el sistema, de modo que la supremacía de los derechos como criterio de interpretación, en teoría va a permitir que en el sistema ecuatoriano sea

³⁰³ “Por lo general, a estos espectáculos asisten personas de diferentes edades y ambos sexos para quienes las motivaciones principales para asistir son la música, el baile, los/las artistas y el consumo de alcohol (lo que denominan como ‘el ambiente’ que se desarrolla en estos lugares)”. Alfredo Santillán y Jacques Ramirez, “Consumos culturales urbanos: El caso de la tecnocumbia en Quito”, *Iconos*, No. 18 (1988) (Quito: FLACSO-E): 47.

posible encontrar soluciones humanistas a las antinomias que pudieran producirse, constituyendo el rasgo más significativo del modelo implementado.

El artículo 11 de la CRE de 2008, constituye sin lugar a dudas, el precepto más importante para el funcionamiento del sistema constitucional de derechos en Ecuador, está conformado por nueve numerales, que expresan la fuerza y el énfasis que la Asamblea Constituyente de 2008, quiso dar a la tutela, protección y garantía de los derechos de las personas, sin embargo hay un principio que vale la pena destacar, y es aquel que señala que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución, el cual relacionado con el tipo de Estado, configuran un modelo garantista de derechos en el cual se maximizan los derechos y las libertades y se minimiza el ejercicio autoritario del poder por parte de gobernantes y servidores públicos.³⁰⁴

A esto se suma el reconocimiento expreso de la inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia, igualdad de jerarquía y aplicación directa de todos los derechos, aplicación preferente de los derechos humanos contenidos en tratados e instrumentos internacionales en caso de ser más favorables que los derechos contenidos en la Constitución, y el principio de no exclusión de aquellos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento; configurando con nitidez un sistema de derechos constitucionales que en teoría constituye en nuestro criterio y coincidiendo con la opinión de Ferrajoli,³⁰⁵ el más avanzado del mundo, aunque evidentemente reconocemos que los problemas que encontramos en su aplicación son de eficacia, efectividad, y eficiencia, de modo que:

Se deberá evaluar la idoneidad de las normas (constitucionales y legales) para alcanzar el fin propuesto (*eficacia*).

³⁰⁴ Evidentemente la inspiración viene de las teorías del jurista Luigi Ferrajoli, expuestas en varias de sus obras, en este trabajo nos referimos principalmente a las ideas desarrolladas en sus libros *Derechos y garantías, la ley del más débil*, trad. por Perfecto Andrés Ibañez (Madrid: Trotta, 1999); *El garantismo y la filosofía del derecho* (Bogotá: FES, 2000).

³⁰⁵ Luigi Ferrajoli afirma: “Ecuador tiene seguramente la Constitución más avanzada del mundo ahora; sin embargo el problema es su efectividad, que solo se obtiene con la introducción de garantías institucionales adecuadas”. La conferencia integra puede leerse en *Podium* No. 20 (diciembre de 2011) (Guayaquil: Universidad de Especialidades Espíritu Santo): 31-46.

La capacidad de las normas “instrumento” de conseguir el objetivo pretendido, es decir el grado de aplicación real de las normas por los órganos competentes y su cumplimiento por parte de los destinatarios (*efectividad*).

Si los medios para conseguir estos objetivos son adecuados y si se consiguen con el mínimo costo posible (*eficiencia*).³⁰⁶

En materia de libertad de creación y expresión artística, el sistema constitucional ecuatoriano la tutela y garantiza plenamente, para lo cual operan tanto los principios constitucionales como las garantías.

La libertad de creación y expresión artística es una expresión de la vida humana y por tanto de su dignidad, al ser consustancial a la condición humana, ya que solamente los seres humanos pueden crear y expresar arte; partiendo del elemental derecho a la vida, todo ser humano no solamente debe existir sino que debe gozar de una vida digna, y justamente uno de aquellos atributos será la capacidad de crear y expresar el arte, considerada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, un derecho fundamental, toda vez que “constituye el medio por excelencia para la realización del potencial creador de todo ser humano, resultando así corolario obligado del libre desarrollo de la personalidad”.³⁰⁷

El libre desarrollo de la personalidad, evidentemente, se expresará de manera amplia, mediante la libertad de creación y expresión artística, al punto que ni siquiera podríamos entender la existencia misma de la especie humana y su cultura, si no es a partir de la creatividad del arte y su difusión. Es por ello que el artículo 4 de la Constitución reconoce que inclusive el territorio ecuatoriano es una unidad geográfica que posee una dimensión cultural, destacando la existencia de un espacio en el planeta Tierra, en el cual existen unas expresiones de la creatividad individual y colectiva de unas personas que conviven en él.

Crear y expresarse artísticamente es un derecho de todas las personas, y si bien la jurisprudencia ecuatoriana no ha hecho un pronunciamiento expreso como la colombiana,

³⁰⁶ Claudia Storini y Marco Navas, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: CCE, 2013), 51.

³⁰⁷ Sentencia No. T-104/96, Corte Constitucional Colombiana <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-104-96.htm>>, consulta: 28 de enero de 2014.

por el principio de igualdad de jerarquía, constituye un derecho de libertad plenamente garantizado y justiciable.

Las garantías al derecho de libertad de creación y expresión artística son: de carácter normativo, a través de las políticas públicas y de acciones jurisdiccionales, según lo estipula el modelo constitucional ecuatoriano.³⁰⁸

Las garantías normativas, expresadas a través de las normas infraconstitucionales, deben garantizarla adecuadamente, y en este ámbito será la Ley Orgánica de Cultura del Ecuador, la encargada de desarrollar los avances constitucionales de la materia, el artículo 1 de la ley de la materia manifiesta que el objeto de esta Ley es definir las competencias, atribuciones y obligaciones del Estado, los fundamentos de la política pública orientada a garantizar el ejercicio de los derechos culturales y la interculturalidad; así como ordenar la institucionalidad encargada del ámbito de la cultura y el patrimonio a través de la integración y funcionamiento del Sistema Nacional de Cultura.

Lo que indica claramente los cuatro temas trascendentales que la norma legal va a regular: Competencias y atribuciones del Estado, fundamentos de la política pública para la garantía de los derechos culturales y la interculturalidad, y organización de la institucionalidad cultural.

En cuanto a los fines de la ley, la libertad de creación aparece como uno de ellos en el literal b) del artículo 3, aunque consideramos que en la redacción de este precepto se debió haber hecho una referencia explícita a la libre expresión artística para garantizar adecuadamente esta libertad cultural y evitar interpretaciones sesgadas.

Las políticas públicas, según la Constitución emanarán del Sistema Nacional de Cultura, sin embargo hay una cuestión que merece destacarse respecto de este tema, y es que el inciso 2, del artículo 378 expresa que la rectoría respecto al sistema estará en un *órgano competente*, es decir una agencia operativa de la administración pública.

³⁰⁸ Las garantías constitucionales son importantes porque permiten oponerse a la arbitrariedades del poder, sin embargo su naturaleza es paradójica pues su implementación está destinada a eliminar cualquier forma de resistencia a través de un encausamiento normativo orbicular, autorreferencial, y cerrado (nota del autor).

La palabra rectoría, según el *Diccionario de la lengua española*, tiene tres acepciones: Empleo, oficio o jurisdicción del rector, oficina del rector, y casa donde vive el rector.

Entendemos que rectoría viene de la palabra rector, que por su parte se refiere a quien rige o gobierna, esto quiere decir que seguramente el constituyente en la redacción, no quiso decir abiertamente que habrá un órgano gubernamental que va regir, pues seguramente esta palabra que significa gobernar, mandar, conducir, habría sido muy poco gentil con los artistas y creadores, no obstante, el artículo 25 de la Ley Orgánica de Cultura, sí se refiere expresamente a la rectoría del Sistema Nacional de Cultura³⁰⁹, y señala lo siguiente:

Le corresponde al Ministerio de Cultura y Patrimonio ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Cultura.

La rectoría comprende la formulación, ejecución, monitoreo y evaluación de las políticas públicas, planes, programas y proyectos, así como la elaboración y ejecución presupuestaria, que serán aplicados bajo los criterios de descentralización y desconcentración política y administrativa, acción afirmativa y demás preceptos establecidos en la Constitución de la República, en esta Ley y en otras normas relacionadas [...].

Esta capacidad de regentar el sector cultura por parte del Estado, tiene como límites infranqueables el respeto a la libertad de creación y expresión artística, la interculturalidad, y la diversidad, sin embargo y ante la interrogante de si es posible que existan elementos capaces de poner obstáculos o imponer restricciones a la libertad de creación y expresión artística en concreto, la respuesta es afirmativa, ya que las vulneraciones pueden venir, tanto del Estado como también de agentes no estatales tales como medios de comunicación, instituciones educativas, autoridades religiosas, líderes tradicionales, empresas privadas, comerciantes, patrocinadores, grupos de la sociedad civil, etc. Siendo las principales motivaciones el uso del arte para participar en el debate

³⁰⁹ Sin lugar a dudas, la cultura es el más importante campo de resistencia, contra hegemonía, lucha anticolonial y reafirmación de nuestra particular identidad, por lo tanto, es un campo de batalla política e ideológica, y el sistema de cultura aparece como la herramienta mas idónea del Estado para vigilar, controlar y someter los procesos y expresiones culturales emancipatorios (nota del autor).

público, las distintas posiciones políticas, la crítica desde el arte, cuestiones de orden religioso, discriminación, y hasta la protección de intereses económicos o políticos.

En lo que tiene ver con la política cultural, según el artículo 8 de la ley de la materia, dispone que las entidades, organismos e instituciones del Sistema Nacional de Cultura ejecutarán políticas que promuevan la creación, la actividad artística y cultural, las expresiones de la cultura popular, la formación, la investigación, el fomento y el fortalecimiento de las expresiones culturales; el reconocimiento, mantenimiento, conservación y difusión del patrimonio cultural y la memoria social y la producción y desarrollo de industrias culturales y creativas.

A pesar de ello se considera que hay que cuidar que la implementación de las políticas culturales no lleguen a convertirse en un ejercicio de premios y castigos, según la simpatía del gobierno de turno, y peor aún decisiones de oficina tomadas por burócratas que se vuelven mecenas con dineros públicos, y que a sabiendas que la libertad de creación cultural y expresión artística en su aspecto positivo requiere por parte del Estado de la garantía de algunos derechos derivados de ella, tales como derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa; en la práctica resuelven todo desde la más absoluta discrecionalidad.³¹⁰

Es por ello que el sistema de derechos constitucionales deberá erigirse en un auténtico garante de la libertad de creación y libertad artística, entendiendo que en el mundo hasta el momento no existe ni acuerdo ni certeza sobre lo que es el arte, que no toda obra de arte es comunicativa, que no es posible trasladar los parámetros de la libertad de expresión general a la creación y expresión del arte, y que la tutela de la libertad en el arte, está íntimamente ligada con las concepciones de todo un pueblo sobre la cultura y su tradición libertaria, pues el origen de la nación ecuatoriana está en las luchas independentistas por la libertad.

³¹⁰ Hay que señalar que la cultura no se regula, y su dinamismo no puede ser ordenado, permitido o prohibido; la solución burocrática es ejercer una gestión sujeta a la libre potestad del gobierno o autoridad de turno, es por ello que para controlar el ejercicio de la democracia cultural participativa, se dispone el establecimiento de un *Consejo ciudadano sectorial* en el artículo 18 del Reglamento general a la Ley orgánica de cultura, con lo cual la participación ciudadana en el sector cultura, queda sujeta a la autoridad omnímoda del Estado (nota del autor).

Que el creador tenga un entorno favorable, unas garantías efectivas y recursos suficiente para proteger su creación y expresión artística es tan importante para el Estado constitucional y democrático de derechos y justicia, como lo es proteger la libertad de asociación de los trabajadores, la libertad religiosa, la libertad de expresión de los periodistas, o la libertad de empresa, observación en la que insisto, pues el hecho de considerar irrelevantes los conflictos vinculados al ejercicio de las libertades culturales, en especial, la libertad de creación y expresión artística, revela el ínfimo compromiso del sistema por tutelar todas las dimensiones de la dignidad humana, y una escasa formación filosófica y política de los juristas nacionales.

En la cotidianidad del arte, es indiscutible que la creación y la posibilidad de mostrar lo creado en forma libre, deberá ser el núcleo de toda política cultural, y frente a esa libertad el sistema constitucional de derechos, debe mostrar absoluta coherencia.

En Ecuador se produce un caso polémico que evidencia la incoherencia de la política pública, con las acciones que algunas veces toma la Superintendencia de Información y Comunicaciones SUPERCOM,³¹¹ que contrasta con la falta de garantías que impiden que se establezca una clara diferencia entre libertad de expresión, en general, y libertad de creación y expresión artística; revelando las tensiones que venimos advirtiendo desde la teoría.

Constituye un caso paradigmático, el expediente levantado por la SUPERCOM, respecto a una caricatura realizada por el caricaturista Xavier Bonilla Zapata (“Bonil”) cuya temática se refiere a una diligencia previa, en virtud de la cual, la noche del 26 de diciembre de 2013, personal de la Fiscalía General del Estado y un equipo de policías del grupo de intervención y rescate ingresaron, al domicilio de Fernando Villavicencio, un reconocido opositor del gobierno de Rafael Correa, buscando pruebas de un presunto espionaje al presidente de la República y otros altos funcionarios del gobierno; el caricaturista Bonil grafica el acontecimiento en una viñeta satírica que se publica en diario *El Universo*, el 28 de diciembre de 2013.

³¹¹ “Artículo 55, inciso 1 de la Ley de Comunicación: “La Superintendencia de la Información y Comunicación es el organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; que cuenta con amplias atribuciones para hacer cumplir la normativa de regulación de la Información y Comunicación”. La Ley Orgánica de Comunicación se publicó en el *RO* No. 22 del martes 25 de junio de 2013 (nota del autor).

La caricatura de Bonil, molestó al presidente Rafael Correa, quien no dudó en manifestar en forma pública su enfado en el enlace ciudadano No. 306, situación que motivó la intervención de la recién creada Superintendencia de la Información y Comunicación SUPERCOM.

El procedimiento empieza mediante el reporte interno SUPERCOM No. 001-2014, de 10 de enero de 2014, durante el trámite el accionado no expresa en su defensa la condición de expresión artística en su caricatura, sino que habla de *opinión gráfica humorística*, sin embargo en la audiencia celebrada el 28 de enero de 2014, el abogado defensor de Xavier Bonilla manifiesta que la caricatura no es una forma de información, ni de opinión.³¹²

El Superintendente de comunicación, decide imponer una sanción pecuniaria a diario *El Universo*, y además dispone que el caricaturista rectifique el texto que consta en la parte inferior de su caricatura.³¹³

Las interrogantes que surgen son varias: si la Constitución prohíbe la censura previa, ¿Cómo puede sancionarse a diario *El Universo* por no haber impedido la publicación de la viñeta en sus páginas? ¿El contenido de la caricatura fue opinión de su autor o del Diario? ¿Dónde queda la responsabilidad ulterior? ¿Siendo Bonil un caricaturista debe responder como comunicador social? ¿Por qué no se analizó el carácter artístico de la caricatura? ¿Una caricatura por el hecho de ser publicada en un periódico pierde su naturaleza artística? ¿Es procedente ordenar la rectificación a una caricatura?

El caso resulta interesante para nuestro trabajo, pues desde cierta perspectiva, bien podría constituirse un primer conflicto entre el gobierno y la libertad de creación y expresión artística, sin embargo, la primera cuestión a resolverse sería intentar determinar si se trata de un asunto que involucra simplemente la libertad de expresión o si efectivamente se va a tocar asuntos relacionados a la libertad de creación y expresión artística, puesto que la correcta determinación del tipo de libertad que estamos analizando, es lo que va a hacer la diferencia.

Para empezar a analizar el tema, tenemos necesariamente que reflexionar si una caricatura es una expresión artística o simplemente una opinión periodística manifestada

³¹² Amplia información en las piezas procesales del Trámite 002-INPS-DNJPO-SUPERCOM-2014.

³¹³ SUPERCOM, Resolución No. 001-DNGJPO-INPS,

en forma gráfica, y en este tema hay criterios contrapuestos en uno u otro sentido, y justamente allí es donde radica la dificultad del asunto, pues, según el *Diccionario de la lengua española*, caricatura significa “Dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguien” y “obra de arte que ridiculiza o toma en broma el modelo que tiene por objeto”, en consecuencia, la dificultad persiste, de modo que la interrogante se mantiene ¿la caricatura es un género artístico o un género periodístico? Pues si bien no podemos negar que la caricatura es una expresión creativa que por medio de dibujos e ilustraciones hace representaciones exageradas en forma de parodia, al mismo tiempo es una herramienta comunicacional generalmente asociada con la prensa escrita.

Durante el debate generado sobre el tema, la discusión se ha centrado en la libertad de expresión en general y en la responsabilidad compartida del periódico en el cual apareció publicada la viñeta, y no se ha tocado si existe o no un elemento artístico de la viñeta, sin considerar que:

[...]el derecho a la creación y producción literaria, artística y científica es un derecho similar, pero distinto del derecho a la libertad de expresión, ya que este último tiene por objeto la libre manifestación de ideas y opiniones, mientras que aquel tiene por objeto el reconocimiento y la protección de la concreta forma que una persona ha decidido darle a su creación literaria, artística y científica. Reconocimiento y protección que exigen tutelar a la persona tanto en la fase de creación como en un momento posterior, una vez que la obra ha sido creada.³¹⁴

Hay que señalar que el caso Bonil iniciado en el año 2014, fue resuelto en el 2017, cuando el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 2, con sede en Guayaquil, declaró la nulidad de la resolución emitida por la Superintendencia de la Información y Comunicación SUPERCOM, contra el caricaturista Xavier Bonilla y diario El Universo.

En el año 2007, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conoció en caso Vereinigung Bildender Künstler vs. Austria, en el cual consideró que una caricatura cae en la esfera de la sátira, y siendo por tanto una forma de expresión artística, debía gozar de una libertad mayor que la simple libertad de expresión por su forma artística, esta

³¹⁴ Javier Plaza Penades, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1,b) de la Constitución* (Valencia: Tirant le Blanch Valencia, 1997), 320.

sentencia emblemática se considera uno de los mayores avances en el reconocimiento de la libertad artística.³¹⁵ Posición con la que concuerda totalmente este estudio, y que revela que efectivamente el caso Bonil, es el primero en revelar las tensiones sobre la libertad de creación y expresión artística, pues siguiendo la orientación que nos brinda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la caricatura constituye una forma de expresión artística, y el hecho de no haber tomado en cuenta esta cuestión absolutamente vital, para el tratamiento de este caso, permitió que la SUPERCOM se convierta en un desproporcionado juzgador de la libertad de creación y expresión artística. Además, sin lugar a dudas tanto el expediente administrativo tramitado como la resolución del mismo son totalmente nocivos para la tutela y garantía de los derechos y libertades culturales, especialmente para el derecho a la libertad de creación y expresión artística, que resulto severamente debilitada.

En cuanto a las garantías jurisdiccionales, consideramos que la acción de protección sería la idónea para evitar cualquier vulneración a la libertad de creación y expresión artística, toda vez que la acción de protección tiene por objeto “la tutela de derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y consecuente reparación integral de los daños causados por su violación”.³¹⁶

Hasta el momento no existe una sentencia en la Corte Constitucional ecuatoriana ni en los juzgados de primer nivel, sobre libertad de expresión artística, a diferencia de otros países como Colombia, Chile, o España, en los cuales si bien no existe una gran jurisprudencia sobre el tema, si podemos encontrar algunas resoluciones puntuales.

Creemos que en un momento histórico en el cual formalmente el Ecuador, ingresa a un constitucionalismo cultural, es de vital importancia entender cómo opera el sistema de derechos constitucionales y, particularmente, las garantías a tales derechos, para tutelar las libertades culturales desde la perspectiva del Estado constitucional democrático de derechos y justicia, lo cual evidentemente va a revelar si en verdad existe un auténtico compromiso por los derechos en general y por la cultura en especial.

³¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Vereinigung Bildender Künstler vs. Austria Aplicación No. 68354/01 de enero 25 de 2007.

³¹⁶ Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia No. 0140-12 –SEP-CC, de 17 de abril de 2012, caso No. 1739-10 EP.

Es por ello que no debemos conformarnos con que la Asamblea Nacional haya cumplido tardíamente con su obligación de elaborar un cuerpo normativo, con algunas garantías normativas, pues también en materia de libertades culturales es sumamente importante la eficacia, efectividad, oportunidad y eficiencia de las garantías jurisdiccionales, cuando se trate de cuestiones relativas al amparo de los derechos y libertades culturales, pues lamentablemente en Ecuador, todavía seguimos creyendo que estos asuntos por ser de índole cultural, son temas o aspectos de ínfima trascendencia.

Tal y como se venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo, estamos convencidos que la cultura como expresión de la dignidad humana, constituye uno de los fundamentos del Estado ecuatoriano, caracterizado por un vanguardista compromiso con los derechos y libertades, de modo que para la teoría constitucional de la hora presente el concepto de cultura, se vuelve notablemente amplio, pues, abarca el conjunto de valores, ideas, creencias, diferencias y formas de convivencia de los ecuatorianos, que dan contenido al pacto de convivencia social contenido en la Constitución.

Sin embargo, y aunque el discurso políticamente correcto tiende a señalar que el respeto a la libre creación y expresión del arte, asociado al fomento de la cultura y a la protección del patrimonio cultural se traduce en un interés público, la realidad es distinta, pues la relación entre la libertad de creación y expresión artística y la intervención del Estado en el cuidado y fomento del arte, genera una correlación tensa antes que de recíproca colaboración³¹⁷; toda vez que el derecho pretende imponer al arte y a los artistas un orden semejante a las que se aplican a las relaciones de producción de mercancías y a la regulación del trabajo, por tanto, condiciona el mercado del arte, define los contornos contractuales, establece las obligaciones de la práctica de los creadores y artistas, e implanta controles generales de la expresión creación y expresión artística, bajo normas

³¹⁷ “Esa es la transgresión que me interesa, la transgresión de la ley del Estado, sin politización civil, la poesía es antisocial, porque la transgresión trágica conlleva un efecto liberador que es el encargado de medir el grado de represión de una sociedad, el grado de represión de la cultura. No se combate la mediocridad del poder haciendo un teatro político canónico, sino con aquello que Nietzsche llamaba la fuerza originaria, con la belleza, porque lo que va contra el poder es la transgresión de los límites de la cultura y de la ley.” Liddell Angélica, La poesía es la rebelión contra el Estado, <https://elpais.com/cultura/2016/02/09/babelia/1455042695_683519.html>, consulta 25 de julio del 2017.

jurídicas positivas, con argumentos tales como “el mantenimiento del orden público y la moral, el respeto a la autoridad, los derechos de autor y otros análogos”.³¹⁸

Quienes desarrollan actividades vinculadas al quehacer del arte y la cultura, y requieren ejercer plenamente libertad de creación y expresión artística, requieren de un manto protector y medidas adecuadas, idóneas eficientes, eficaces y oportunas, frente a las amenazas que pudieran presentarse en contra de artistas y creadores, y que “pueden dimanar de leyes, y normas opresivas, pero también pueden ser resultado del temor a la coacción física o económica”.³¹⁹

En conclusión, de nada nos servirá contar con una normativa infraconstitucional, políticas públicas y garantías jurisdiccionales, si son ineficientes o poco efectivas, por falta de interés del propio Estado, o por indolencia de los operadores del sistema de derechos constitucionales.

Debemos destacar que si no existe un cambio profundo en la forma como entendemos el quehacer intelectual y artístico en Ecuador, sin lugar a dudas las condiciones objetivas de realización de las libertades culturales, siempre estarán en una situación de contingencia e inseguridad jurídica, y las garantías para el resguardo de la libertad de creación y expresión artística en la práctica se advierten como inútiles, frente a los imperativos del poder que las desdeña, reiterando su ímpetu opresivo.

2.6. La libertad de creación y expresión artística y su relación con otras libertades culturales

Existe una evidente relación de la libertad de creación y expresión artística con otras libertades culturales, partiendo del principio contemplado en el artículo 11, numeral 6 de la Constitución ecuatoriana que manifiesta que “Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles y de igual jerarquía”, el cual evidentemente ha sido recogido de la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobado en la Conferencia de Derechos Humanos del año de 1993,³²⁰ que manifiesta en su apartado 5

³¹⁸ Argumentos similares a los que hemos planteado en esta párrafo, han sido motivo de análisis también en el libro Costas Douzinas y Linda Nead, edit., *Law and Image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law* (Chicago: University of Chicago Press, 1999).

³¹⁹ Shaheed, “El derecho a la libertad”.

³²⁰ La Declaración y el Programa de Acción de Viena fue aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 su importancia radica en que logró poner de relieve el carácter indivisible e interdependiente de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y

que: “ Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.³²¹ En consecuencia, si los derechos son indivisibles e interdependientes, es obvio que el nexo entre libertades culturales es connatural, y la lectura que hace de todos los derechos desde la lógica del constitucionalismo ecuatoriano, apuesta no por la jerarquización, sino por un enfoque de carácter transversal, que apuntando hacia la simbiosofía³²² constituya una auténtica orientación para el buen vivir.

Continuar discutiendo acerca de qué derecho tiene preeminencia, es una cuestión ideológica, pues aquello significa desconocer la dignidad intrínseca del ser humano como fundamento esencial desde el cual podemos entender y justificar, tanto a los derechos constitucionales como a los derechos humanos, de modo que los derechos culturales no podrán separarse de los demás y de ningún modo, merecen menos atención que el derecho a la salud, la educación, al trabajo, a la libertad de empresa, al debido proceso o cualquier otro, pues los principios de indivisibilidad e interdependencia niegan cualquier intento por disociar, distinguir jerarquías, o categorizar derechos, lo que significa que el Estado de ninguna manera puede favorecer un determinado derecho o categoría de derechos, sobre o peor aún en detrimento de otros, ya que todos requieren la misma atención y urgencia, y la conculcación por acción u omisión de un derecho termina afectando a todos, y por tanto a la dignidad humana.

Por consiguiente, la libertad de creación y expresión artística está vinculada a todos los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, debidamente suscritos por el Estado ecuatoriano,

políticos, que se refuerzan mutuamente. La Declaración y el Programa de Acción de Viena reforzaron importantes principios, entre ellos la universalidad de los derechos humanos y la obligación de los Estados de acatarlos (Nota del autor).

³²¹ El texto completo de la Declaración y programa de acción de Viena puede consultarse en la página web <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp)>._consulta: 24 de febrero de 2014.

³²² La simbiosofía no es otra cosa sino la sabiduría de vivir juntos, un concepto manejado por pensadores como Edgar Morin, pero que poco a poco va teniendo otros desarrollos, por ejemplo se empieza a hablar de una simbiosofía pluricultural ontológica, cuya esencia espiritual constituye un elemento emergente para la gestión ética del futuro, todo ello claro está desde un enfoque holístico del ser humano y del propio universo desde la perspectiva de la conciencia, donde todos los seres estamos interconectados. Para ampliar el tema sugerimos la lectura del libro: Martínez Ocaña Emma, *Espiritualidad para un mundo en emergencia*, Madrid, Editorial NARCEA, 2014 (Nota del autor)

sin embargo y con fines exclusivamente didácticos, vamos a subrayar la relación con las libertades culturales que finalmente desde una perspectiva holística conforman y refuerzan el derecho de crear y expresar arte en libertad.

2.6.1. Libertad de creación y expresión artística e identidad cultural

El artículo 21 de la CRE de 2008 se refiere en un inicio a la libertad que tienen los ecuatorianos para elegir la identidad cultural, elegir en libertad su pertenencia a una o varias comunidades culturales y expresar dichas elecciones, evidentemente que se trata de una libertad pública, por cuanto se está reconociendo en un sentido positivo que toda persona, de manera libre y sin interferencias de ningún tipo escoja la identidad cultural que prefiera; derecho de libertad completamente coherente con el diseño constitucional de derechos, y el carácter intercultural y plurinacional del Estado ecuatoriano, que tiene que ver con el sentido de pertenencia, a una colectividad, un grupo o sector social, y por tanto se relaciona con cuestiones familiares, vecinales, comunitarias, locales, regionales, nacionales, etcétera.

Pues bien, la identidad cultural³²³ es altamente perceptible en la creación y expresión artística, pongamos como ejemplos al pintor Cristóbal Ortega Maila, artista quiteño, originario de la comunidad de Collacoto, cuya obra fruto de su capacidad creativa, expresa la cosmovisión de los pueblos andinos, al grupo Ujsha Rock, integrado por músicos indígenas del sector Chibuleo, provincia del Tungurahua, que tiene una propuesta de rock, género nacido en los EUA en la década de 1950, la cantante Valentina López, que compone sus canciones y canta en inglés, lo que evidencia como muchos creadores nacionales, con su obra y sus formas de expresión artísticas retratan toda la diversidad cultural del Ecuador, sin caer en encasillamientos.

El Estado no solamente debe abstenerse de intervenir, sino que debe crear las condiciones para que las elecciones identitarias, puedan expresarse con la mayor amplitud, sin embargo aún persiste la tendencia a privilegiar ciertas expresiones bajo un nacionalismo cultural, entendible, pero no siempre beneficioso para la creación artística ecuatoriana, tal es el caso por ejemplo del financiamiento reiterado de los pasillos

³²³ Es importante hablar del derecho a la identidad cultural como derecho humano pues su restricción u opresión vulnera la dignidad humana; sin embargo al no existir ningún acuerdo internacional que garantice y tutele este derecho, en la practica se protege la identidad cultural únicamente a través del fortalecimiento de sus componentes culturales.(Nota del autor)

emblemáticos del Ecuador, frente al poco apoyo y poca promoción de nuevos pasillos compuestos por nuevos creadores u otras expresiones musicales, lo que evidencia cierto contrasentido, que es detectable no en la norma constitucional sino en la aplicación de una política cultural concreta.

Existe una profunda relación entre libertad de creación y expresión artística, y libertad de elegir la identidad cultural, pues la primera permite justamente materializar, expresar y exteriorizar tal elección, además de posibilitar que las personas reconozcan y respeten su pertenencia, que puede ser como lo determina el texto constitucional a una o varias comunidades culturales, de modo que una persona puede ser ecuatoriano, costeño, afrodescendiente, rastafari, al mismo tiempo, pues la pertenencia cultural múltiple, de una misma persona está plenamente garantizada por la Constitución y por tanto podrá crear y expresar artísticamente dicha identidad de forma totalmente libre.

De modo que, la vulneración de la libertad de creación y expresión artística, conducirá inminentemente a una grave afectación de la identidad cultural, ya que “el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos”.³²⁴

2.6.2. Libertad de creación y expresión artística y libertad estética

La libertad estético-artística, que no solamente tiene que ver con la expresión corporal, sino que es un derecho mucho más complejo, sobre el cual nos vamos a referir en forma muy general, debido a que no es el centro de la presente investigación. “Es pues, la vida estética, la libertad estética, el estado intermedio para pasar del estado pasivo de la vida sensible al activo de la vida racional; porque la belleza no produce resultados para el intelecto y la voluntad, pero tampoco se ocupa del pensamiento, sino que proporciona fuerza a ambos”.³²⁵

³²⁴ Corte IDH, caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones) párrafo 213. El texto completo de la sentencia está disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>, consulta: 25 de febrero de 2014.

³²⁵ Casadesú Ricard, “Lo estético como mediador de lo moral y lo político en la historia de la razón”, <<https://revistas.upcomillas.es/index.php/pensamiento/article/viewFile/976/827>>, consulta 26 de julio del 2016.

Todo creador o artista tiene derecho a exteriorizar en completa libertad su postura estética a través del arte, pues la creación y la forma como esta se expresa encontrará en la libertad estética uno de sus fundamentos más profundos; se ha relacionado mucho la forma de vestir, el uso de maquillaje, tatuajes, o el uso de exóticos cortes de cabello, como elementos importantes vinculados directamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin embargo creemos que en el espacio artístico este respeto a la diversidad de formas y apariencias es vital, pues no se podría concebir las libertades culturales, si la libertad estética del artista o el creador no está debidamente garantizada; ya se ha visto a través de la historia como diversas formas de censura se han implementado justamente por la intolerancia hacia ciertos tipos de expresiones estéticas.

2.6.3. Libertad de creación y expresión artística y el derecho a difundir sus expresiones culturales en el espacio público

Al referirse al espacio público, Fernando Carrión manifiesta:

Según Guillermo Dascal (2003), el espacio público puede cumplir distintas funciones en la ciudad, al extremo de que es factible encontrar posiciones extremas y contradictorias que lo conciben como un espacio de aprendizaje (Joseph Isaac), ámbito de libertad (Habermas) o lugar de control (Foucault). En otras palabras, el espacio público es un ámbito o escenario de la conflictividad social que puede tener una función u otra, dependiendo de los pesos y contrapesos sociales y políticos.³²⁶

El concepto utilizado nos parece adecuado, pues identifica claramente que el espacio público es sin lugar a dudas un espacio en disputa entre la libertad y la dominación, y justamente el control de las actividades artísticas que pretenden expresarse en este espacio, generan controversias, puesto que el Estado se convierte en el dueño absoluto del espacio público, y la burocracia decide antojadizamente su uso imponiendo la lógica de la dominación desde el discurso del orden y la legalidad, el cual se enfrenta a las lógicas creativas extralegales que generalmente nacen de las iniciativas artísticas, que reivindican el hecho que “tener espacio significa tener libertad, libertad de dirigir, de

³²⁶ Fernando Carrión, “Espacio público: Punto de partida para la alteridad”, <http://www.flacso.org.ec/docs/artfcalteridad.pdf>, consulta: 17 de mayo de 2016.

ser, de relacionarse y viceversa; precisamente en toda sociedad la privación de espacio es la correlación de una posición subalterna o marginal en el sistema social”.³²⁷

Según el artículo 23 de la Constitución vigente:

Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales.

Disposición que reafirma lo explicado anteriormente, el reconocimiento de un derecho, y al mismo tiempo el reconocimiento de la posibilidad de que existan unas limitaciones de carácter legal, debiendo en esta parte destacar que la Constitución es clara al señalar que dichos límites solamente pueden nacer de una ley, es decir de una norma originada en la Función legislativa, es decir una norma jurídica de carácter general y obligatoria³²⁸ toda vez que el uso del espacio público constituye un derecho de las personas, y según el artículo 11, numeral 3:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. (Énfasis añadido)

Lo que significa que las restricciones al uso del espacio público solamente pueden ser aquellas expresamente contempladas en un ley y no en ordenanzas, reglamentos u otras normas de inferior jerarquía, como generalmente ocurre en la práctica; y en lo que

³²⁷ Amalia Signorelli. *Antropología urbana* (Barcelona: Anthropos, 1999), 53.

³²⁸ El Código Civil ecuatoriano define a la ley de la siguiente manera: “Artículo 1.- La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común.” Ver Congreso Nacional del Ecuador, *Código Civil Ecuatoriano*, Codificación 010 - RO Suplemento No. 46 de 24/06/2005.

tiene que ver con la libre expresión artística en el espacio público, será la Ley Orgánica de Cultura la que establezca aquello.

El artículo 5, literal h) de la Ley Orgánica de Cultura, manifiesta que todas las personas tienen derecho de participar y acceder a bienes y servicios culturales diversos en el espacio público, y el artículo 115 del mismo cuerpo legal establece un modelo en función de dos redes: la primera denominada *Red de Espacios Escénicos* y una segunda designada como *Red de Espacios Audiovisuales* que pretende incorporar a lo público, lo privado y lo asociativo.

Hasta el momento, y en lo que tiene relación con la libertad de la que gozan los ecuatorianos para difundir en el espacio público sus expresiones culturales o artísticas, las restricciones se han dado, en particular, en función a las regulaciones municipales vinculadas al derecho a la ciudad³²⁹, así por ejemplo en la ciudad de Cuenca, se aprobó el 6 de julio de 2012, una ordenanza municipal reguladora del uso del espacio público para arte grafiti y mural, que posibilita la realización de grafitis en ciertos espacios destinados por el Municipio para este fin, pero tutela el patrimonio arquitectónico impidiendo que esta forma de arte urbano se realice en el Centro Histórico.

Evidentemente, en cada uno de estos aspectos la libre creación y expresión artística constituye prácticamente la simiente misma de la cultura y se fortalece junto al derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, el cual tiene tres componentes vinculados entre sí que son: la participación en sí misma, el acceso a la vida cultural, y la contribución a la vida cultural.

En el apartado III de la Observación General 21, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1, literal a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), sección B) literales b) y c) se establecen como obligaciones jurídicas específicas de los Estados, el respetar, proteger y cumplir,

³²⁹ Según el artículo 1, numeral 2 de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, El Derecho a la Ciudad es definido como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos (nota del autor).

con la garantía de la libertad de expresión y la libertad de creación, individualmente, en asociación con otros o dentro de una comunidad o un grupo.

En la CRE de 2008 este derecho humano transmuta en derecho constitucional, al ser recogido en el artículo 66, numeral 24 que resguarda el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

Con ello se reitera que la relación entre libertad de creación y expresión artística y espacio público es una problemática tan compleja como las nociones de democracia y de participación, en primer lugar porque vivimos en una sociedad donde las relaciones de poder generan dominación y explotación; además, de que no existe un ejercicio real de la democracia, porque al vivir en una sociedad que no garantiza verdaderamente la libertad, jamás habrá un acceso pleno al espacio público para el arte.

Por consiguiente, disputar el uso del espacio público³³⁰ al poder como escenario para la expresión y creación artística, pone a prueba la tolerancia, la dinámica y el sentido democrático que implica la apropiación de la ciudad por parte de sus ciudadanos.

2.6.4. Libertad de creación y expresión artística y derechos a la comunicación e información

El artículo 16 de la CRE de 2008 se refiere a la comunicación libre e intercultural, lo cual incluye –como no podría ser de otra manera– el comunicar y expresar la creación artística; este derecho se complementa con la libertad de opinión que incluye también el derecho a cambiar de opinión, y esta opinión puede comunicarse a través del arte.

Aunque en Ecuador no tenemos un caso específico sobre libertad de creación y expresión artística, podemos revisar el ámbito internacional por medio de la casuística comparativa para ejemplificar aquello, por un lado recordamos la novela *La broma* del escritor checo Milan Kundera,³³¹ publicada en 1967, obra literaria de contenido político inteligentemente manejado, que satiriza al comunismo stanilista; constituye uno de los mejores ejemplos para identificar cómo el arte puede generar opinión; esta obra a pesar

³³⁰ Jürgen Habermas, en su trabajo *Further reflections on the public sphere* construye un concepto interesante sobre espacio público, destacando tres características principales: la inclusividad, y accesibilidad para todos sin distinción, su carácter igualitario y compartido por todos los participantes, y finalmente la apertura puesto que cualquier asunto puede ser expuesto a discusión entre todos los participantes del espacio público (nota del autor)

³³¹ Milan Kundera, *La broma* (Barcelona: Seix Barral, 2001).

de haber sido censurada en un inicio, hoy es uno de los libros más apreciados en el mundo entero.

Del mismo modo, hay un polémico caso que cabe citar un reciente caso ocurrido en España, que tiene que ver con el proceso³³² por una presunta apología del terrorismo en contra del poeta comunista y cantante del género rap Pablo Hasél, personaje que mantiene una posición política definida y expresada abiertamente en sus textos y canciones, quien en un video difundido por YouTube manifiesta con su propia voz:

Hace dos años y medio fui detenido en la calle y diez policías registraron mi domicilio llevándose multitud de cosas tan peligrosas como libretas, libros, camisetas, fotografías, ordenadores, etc. No solo mías, también de mi familia. Luego me llevaron a la comisaría de Madrid y tras ser interrogado me dejaron tirado en un calabozo sin derecho a aseo ni siquiera algo para poder tumbarme o taparme. Al día siguiente pasé a disposición judicial y fui liberado con cargos. “[...] Que se entere la gente de que en este Estado solo hay libertad de expresión plena para los fascistas y que detienen y juzgan a personas por expresar sus ideas de justicia social.”³³³

Sobre el caso Hasél, se lo volverá a citar con mayor detenimiento más adelante, con el fin de analizar con mayor prolijidad la sentencia que finalmente condenó al artista a pena privativa de libertad, pues tal y como lo ha recogido la prensa, los magistrados Alfonso Guevara, Guillermo Ruiz Polanco y Antonio Díaz Delgado destacan que “la principal prueba de cargo ha sido su declaración inculpativa, ya que él mismo en el juicio hizo reconocimiento expreso de la autoría de sus canciones y se defendió diciendo que lo que había hecho era *ejercitar su libertad de expresión, y de creación como artista*”.³³⁴ Con lo cual, el ejercicio de esta libertad de creación y expresión artística, que indiscutiblemente es un derecho constitucional y humano, en este caso en particular se transformó de una facultad inherente a la dignidad de un ser humano a una forma de autoincriminación, según el criterio de los juzgadores.

³³² Procedimiento abreviado No. 1 /2014 procedimiento de origen: diligencias previas; Procedimiento abreviado No. 17 /2011, Sala de lo penal sección 3a. Sentencia No. 8 / 2014 (Nota del autor).

³³³ El video íntegro publicado el 19 de febrero de 2014, puede verse en <http://www.youtube.com/watch?v=7fO9HUCRzSc2>, consulta: 5 de marzo de 2014.

³³⁴ Ver “El rapero Pablo Hasél, condenado a dos años de cárcel por enaltecer el terrorismo”, 1 de abril de 2014, *El Economista.es*, <http://www.economista.es/espana/noticias/5671136/04/14/El-rapero-Pablo-Hasel-condenado-a-dos-anos-de-carcer-por-enaltecer-el-terrorismo.html#Kku8uQIZUnVE4ImR2>, consulta: 10 de abril de 2014.

Independientemente de la postura ideológica de quien realiza esta investigación, y de nuestras preferencias estéticas o nuestros gustos musicales, resulta inquietante ver cómo los atentados a la libertad de creación y expresión artística son mucho más frecuentes de lo que se piensa, y lamentablemente uno de los derechos menos protegidos.

Este caso debe constituir para los ecuatorianos una alerta para que bajo el pretexto de controlar ciertos discursos no se vulnere la creación del arte y su libre expresión.

De todos modos, la CRE de 2008 en su artículo 384, inciso 3, expresa que el Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, con lo cual creemos que la Declaración de principios sobre libertad de expresión serán tomados en cuenta en cuestiones relacionadas a esta materia, toda vez que: “El derecho a la libertad de expresión abarca las expresiones *artísticas*, culturales, sociales, religiosas, políticas o cualquier otra índole”.³³⁵ (Énfasis añadido).

2.6.5. Libertad de creación y expresión artística y derechos lingüísticos

Otro tema que no se puede dejar de lado es el referente a la libertad lingüística; es decir el derecho a expresarse libremente en una lengua determinada, cuyo antecedente más destacado a nivel internacional encontramos en la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos,³³⁶ que destaca el valor cultural de las lenguas, aspecto de gran importancia para la libertad de creación y expresión artística, pues no solamente debe garantizarse el crear y expresar arte, sino que esa creación pueda manifestarse en la lengua que su autor prefiera.

En España se publicó el libro *La caza de brujas: censura y persecución contra el rock vasco* del escritor Mariano Muniesa,³³⁷ en el cual se denuncia con una aceptable

³³⁵ Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, *Interpretación sobre los principios enunciados en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Principio 1*, puede leerse en la página web <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>>, consulta: 24 de febrero de 2014.

³³⁶ La Declaración Universal de Derechos Lingüísticos fue aprobada en Barcelona durante la Conferencia Mundial de Derechos Lingüísticos celebrada del 6 al 9 de junio de 1996. El texto de esta Declaración puede leerse en el sitio web de la UNESCO, <<http://www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/linguisticos.htm>>, consulta: 25 de febrero de 2014.

³³⁷ Mariano Muniesa, *La caza de brujas: Censura y persecución contra el rock vasco* (Barcelona: Barcelos / Quarentena, 2013).

documentación los casos de acoso y censura en contra de una expresión artística cuyo origen estaría en el llamado rock radical vasco de los años 80, integrado por grupos que en muchos casos por cantar en euskera, no solo que no son bien recibidos por la cultura oficial, sino que en ciertos casos han sido impedidos de expresar su arte; en el caso del Ecuador por su carácter de Estado intercultural y plurinacional, no existe una actitud abiertamente discriminatoria contra el uso de las lenguas nativas, para expresarse artísticamente, sin embargo en la relación intercultural, las lenguas ancestrales cada vez más van cayendo en desuso, lo cual evidentemente es una pérdida irreparable para el acervo cultural ecuatoriano; sin embargo el artículo 66, numeral 20 de la CRE de 2008, hace referencia a la identidad personal y colectiva, como parte de los derechos de libertad, garantizando el derecho a desarrollar y mantener sus características materiales e inmateriales de identidad, entre ellas sus manifestaciones lingüísticas, entre las que naturalmente se encuentran las expresiones artísticas.

Sin embargo, no está por demás señalar que la Ley Orgánica de Cultura del Ecuador en su artículo 5 literal c) dispone el uso y valoración de los idiomas ancestrales y lenguas de relación intercultural, en la producción, distribución y acceso a los bienes y servicios culturales y artísticos; y fomentará los espacios de reconocimiento y diálogo intercultural.

2.6.6. La libertad de creación y expresión artística y el derecho a la independencia de los creadores artísticos

La independencia de los creadores es otra libertad cultural garantizada por la Constitución ecuatoriana de manera explícita en el artículo 380, numeral 3, para que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión, no restrinjan esta condición; una apuesta constitucional en favor del arte y del artista independiente, un concepto novedoso en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, más aún al no existe una definición más o menos consensuada sobre el tema, y que más bien se relaciona justamente a la creación y expresión del arte en libertad, una praxis alternativa al sistema oficial y del mercado del arte, capacidades de autocreación, apuesta por la autoproducción y autoedición, experimentación, ciertas implicaciones sociales, etcétera.³³⁸

³³⁸ No debemos olvidar que la práctica artística opone una resistencia al proceso identificador y homogenizador mediante su autonomía, estableciendo formas de acción libestarias. La autonomía del arte comienza a desarrollarse también en la Modernidad, y se desarrolla y en concordancia con la emancipación del sujeto. (Nota del autor)

La Ley Orgánica de Cultura del Ecuador, dentro del Título VIII.- del subsistema de artes e innovación, en el capítulo 1, que se refiere a la composición, atribuciones y conformación del Subsistema de Artes e Innovación, artículo 103, señala entre las atribuciones del subsistema, el asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación artística y producción cultural nacional en su diversidad; lo cual merece una observación, pues si la Constitución señala que la protección al artista independiente es una responsabilidad del Estado, en la norma secundaria se la asume como una atribución, con lo cual consideramos que se desfigura este avance constitucional.

Una responsabilidad del Estado significa el deber y el compromiso con todos sus ciudadanos de reconocer, garantizar y proteger un derecho constitucional, lo que conlleva medidas de abstenerse de interferir en el disfrute del derecho, la protección que impida que otras personas interfieran en el disfrute del derecho, y el adoptar medidas apropiadas con miras a lograr la plena efectividad del derecho, lo cual evidentemente es total y completamente distinto a una prerrogativa de carácter administrativo que tiene que ver justamente con la atribución de competencias para la gestión de la administración pública, y que seguramente amparada en la *doctrina de la vinculación negativa*,³³⁹ la burocracia hará uso de la mayor discrecionalidad para condicionar la independencia de los creadores, y de este modo tergiversar el espíritu de la norma constitucional. Por esta razón, se considera que la utilización de la palabra atribución en la ley en lugar del vocablo responsabilidad, empleado en la Constitución, hace de esta norma, que se aleje del espíritu constitucional.

No se debe olvidar que detrás de esta tutela a la independencia de artistas y creadores esta todo el discurso del *Ars gratia artis*, o sea del arte por el arte producto del principio de la libertad artística, un derecho autónomo aunque conexas a la libertad de expresión, como ya lo hemos señalado.³⁴⁰

³³⁹ Amplia información sobre el tema en Alejandro Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, 2a. ed. (Madrid: Tecnos, 1994), y Alfredo Galán Galán, *La potestad normativa autónoma local* (Barcelona: Atelier, 2001).

³⁴⁰ Sobre este tema recomendamos la lectura de Juan Fernando de La Iglesia y González de Peredo, Sara Fuentes Cid, y Martín Rodríguez Caeiro, edit., *Notas para una investigación artística* (Pontevedra: Universidad de Vigo, 2008).

En Ecuador, las dificultades que atraviesan los creadores y los artistas han hecho que la gran mayoría se vuelvan gestores culturales independientes y solamente unos pocos mantienen ciertos vínculos con empresas o son sujetos privilegiados del apoyo gubernamental. Sin embargo y sin lugar a dudas, es la independencia, la inventiva, lo disímil, y lo plural, lo que caracteriza a la producción artística ecuatoriana del arte, y seguramente fue esta la razón por la cual el constituyente consideró que debía dar cierto sustento a una realidad social inocultable, lamentablemente en la práctica los obstáculos para el arte independiente se mantienen a pesar de la promesa constitucional.

2.6.7. La libertad de creación y expresión artística y el derecho a acceder al arte

Constituyen dos caras de la misma moneda, tal y como se ha explicado con anterioridad, pues este derecho a gozar de las artes, consagrado en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es importante porque constituye una expresión al derecho a la libertad intelectual.

Junto a estos conceptos aparece el debate sobre la gratuidad del arte en el Estado constitucional de derechos y justicia, pues si la educación pública es gratuita y la salud pública es gratuita, la mejor manera de impulsar la democratización cultural, sería garantizar al pueblo ecuatoriano en general, el acceso a las artes en forma gratuita; no obstante, en Ecuador se produce un fuerte conflicto, cuando se pretende que la gratuidad se sustente sobre la explotación del trabajo de los artistas a quienes se les reconoce muy poco o nada por su trabajo creativo, generándose una paradoja democratizar el arte y la cultura, a partir de la precarización de intelectuales, artistas y creadores, hace insostenible el quehacer artístico-cultural, lo cual finalmente termina causando un daño irreparable a la producción nacional, y desincentivando los incipientes emprendimientos artísticos y culturales.

Por otra parte, la llamada democratización de la cultura³⁴¹ en Ecuador, en muchos casos ha terminado por consagrar al espectáculo de masas sobre el cultura, o por poner ciertas expresiones del arte popular en función de campañas de imagen, con lo cual se ha

³⁴¹ La noción de democratización de la cultura, considera a la cultura como un bien colectivo que debe llegar al mayor número posible de gente, y del mismo modo se debe estimular la demanda cultural entre la población, ofreciendo productos culturales, y potenciando el patrimonio artístico cultural de una determinada comunidad para su disfrute. (Nota del autor)

perdido la perspectiva de las cosas, pues al final del día la expresión artística que merece apoyo será aquella que concita el aplauso y el gusto popular, y otras manifestaciones artísticas con otro tipo de estética tal vez menos complacientes o que se atrevan a desafiar los gustos del público, son descartadas, vulnerándose así el derecho a la libertad de creación expresión artística y, por ende, todos los demás derechos y libertades culturales que el nuevo constitucionalismo ecuatoriano en teoría pretende garantizar.

2.7. Restricciones a la libertad de creación y expresión artística

En el presente trabajo utilizaremos el término *restricciones* para referirnos a aquellas medidas que reconociendo que los derechos no son absolutos pueden ser delimitados en puntuales y distintos casos, en lugar del vocablo limitaciones que usualmente se usa en varios tratados, toda vez que al hablar de límites nos referimos a un fin, un grado máximo, un tope; puesto que un límite es hasta donde se puede llegar, y en materia de derechos, estos siempre pueden ampliarse y evolucionar gradual y progresivamente como ha ocurrido a través de la historia.

Lo correcto en nuestro criterio es referirnos a restricciones, ya que estas estarán siempre condicionadas a un caso concreto, significan ajustar, estrechar o circunscribir y por supuesto no pone una frontera definitiva al ensanchamiento y aumento de cobertura de protección de un derecho.

En términos generales, no existen derechos absolutos, y los propios ordenamientos jurídicos nacionales en el caso de los derechos constitucionales, así como los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, determinan ciertos criterios para encausar el ejercicio de los derechos.³⁴²

La necesaria distinción entre restricción y límites, significa que una restricción constituye una medida necesaria, razonable, proporcional y pertinente, aplicable únicamente en ciertos casos puntuales, mientras que el imponer un límite supondría el establecimiento de una frontera infranqueable, lo cual es absolutamente inaceptable, por

³⁴² “Las regulaciones a los derechos fundamentales resultan posibles y sobre todo necesarias para la preservación de la paz social, ante la imposibilidad material y formal de que el Estado le pueda garantizar a cada individuo el disfrute absoluto de sus derechos sin incurrir concomitantemente en violaciones a los derechos de los demás” Hines César, Limitaciones de los derechos fundamentales, <<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/13329/14373>>, consulta: 26 de julio de 2017.

ejemplo en materia de libertad de prensa el Estado puede establecer en su ordenamiento con fines preventivos o correctivos una sanción proporcional a consecuencia de la responsabilidad ulterior, a quien en uso de su libertad de expresión afectó el honor de otra persona, lo cual constituye una restricción razonable en atención al derecho ajeno; sin embargo si se prohíbe la existencia de medios de comunicación, salvo los oficiales del gobierno, entonces nos encontramos ante un límite y por tanto ante una evidente anulación del derecho, he allí la diferencia.

En general la doctrina reconoce algunas restricciones a los derechos, que analizaremos en los siguientes párrafos.

2.7.1. El respeto al derecho ajeno

Considerando que todas las personas en su convivencia social merecen el pleno disfrute de sus derechos, no podría autorizarse que una persona ejerza sus derechos vulnerando los de otras personas, idea que está presente ya en Rousseau, quien considera que para obtener la libertad civil, o sea la que se ejerce en sociedad, la libertad individual debe ser de algún modo sacrificada³⁴³ y será el ordenamiento jurídico nacional el que determine hasta donde llega el ejercicio de los derechos, sin que esta delimitación constituya una supresión, también a través de la jurisprudencia los Tribunales y Cortes Constitucionales de los Estados pueden hacerlo. En el caso de aquellos derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estas acotaciones se desarrollan en los propios tratados e instrumentos internacionales, en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

En Ecuador se dio un caso que generó cierta tensión entre libertad de creación y expresión artística y el denominado respeto hacia la institucionalidad, el 4 de diciembre del año 2008, cuando Ricardo Antón, entonces director ejecutivo de la Comisión de Tránsito del Guayas, increpó al artista Betto Villacís por haber creado y presentado su obra *Carvux Corax* en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil; el óleo mostró a un buitre con cuerpo humano vistiendo el uniforme institucional, al día siguiente del

³⁴³ Esta tesis es ampliamente desarrollada en Jean Jacques Rousseau, *El contrato social* (Madrid: EDAF, 2004).

impase, el vicerrector de ese centro de educación superior ordenó el retiro inmediato de la pintura.³⁴⁴

Pese a una evidente vulneración a la libertad de expresión del arte, este caso no pasó a conocimiento de ninguna instancia estatal, pero evidentemente dejó una impronta de intolerancia y arbitrariedad, aunque hay que señalar que tampoco el artista defendió su derecho constitucional, a crear y expresarse artísticamente.

Sin embargo, y ante los hechos señalados, habría que preguntarse ¿Si en verdad esta imagen atentó contra los derechos de los miembros de una institución pública, acaso fue una denuncia inteligente que supo recoger la percepción ciudadana, frente a la Comisión de Tránsito del Guayas, o lo que ocurre es que el arte no reproduce lo visible, simplemente lo hace visible?

Personalmente considero que esta es uno de las tantas vulneraciones a la libertad de creación y expresión artística que se dan en el Ecuador, que además evidencia una suerte de resignación de los artistas frente a la intolerancia y a la censura encubierta, y una especie de renuncia voluntaria a defender sus derechos, lo cual es altamente preocupante.

2.7.2. La moral vigente frente a la libertad de creación y expresión artística.

Una larga historia de tensas relaciones existe entre la moral y la libre expresión de la obra artística, y los episodios sobre el tema no dejan de sorprender, inclusive en países en los cuales el constitucionalismo democrático ha fortalecido al Estado de derecho.

En la esfera internacional, una polémica que bien podría considerarse banal, volvió a desatar la controversia, como consecuencia de un video presentado por las estrellas del pop Shakira y Rihanna, el cual inclusive llegó a ser vetado en Turquía,

³⁴⁴ Una nota interesante sobre este tema lo realizó Gabriela Calderón de Burgos, bajo el título *Un buitrepolicía pone a prueba la tolerancia de un funcionario*: “Los ecuatorianos de mi generación debemos recordar siempre que fueron algunos estudiantes de la Universidad Católica, durante el Gobierno de Rafael Correa, quienes estuvieron ahí para poner a prueba la tolerancia de aquellos que están en el poder. Ricardo Antón, director ejecutivo de la Comisión de Tránsito del Guayas (CTG) Ecuador, irrumpió –junto con su guardia de seguridad– la exposición de arte contemporáneo en la Universidad Católica que estaba a cargo del pintor Beto Villacís. Acto seguido Antón logró censurar un cuadro de Villacís que mostraba a un buitre disfrazado de un oficial de la CTG. Donde estaba la crítica artística a la CTG ahora hay un ojo que no ofende a autoridad alguna.” Ver <<https://www.libremente.org/un-cuervo-policia-pone-a-prueba-la-tolerancia-de-un-funcionario/>>, consulta: 26 de febrero de 2014.

república mayoritariamente musulmana. En Colombia país de origen de Shakira, el concejal bogotano Marco Fidel Ramírez, solicitó que sea vetado el video de la canción *I can't remember to forget you*, por supuestamente hacer apología al lesbianismo y el tabaquismo, un conato de censura que no llegaría a progresar, pues la Corte Constitucional colombiana, sentó una jurisprudencia bastante coherente sobre el tema, al manifestar que: “el pluralismo existente en nuestra sociedad, además reconocido y amparado por la Constitución, comporta un deber de tolerancia que les es exigible a quienes, ejerciendo su derecho a elegir libremente, rechazan una determinada exhibición. Ellos son libres de manifestar su inconformidad, pero sin impedir que el artista ejerza su derecho a la libre expresión y que el resto del público aprecie la obra.”³⁴⁵

Las tensiones entre arte y moral están latentes en forma permanente e incluso pueden llegar a instancias judiciales, la pregunta que siempre se ha planteado es ¿Si el artista tiene una responsabilidad moral? y esta pregunta es bastante compleja, relativa, y sin una respuesta concluyente, pues es un tema que cada vez admite nuevas lecturas.

La moral ha pretendido censurar películas como *La Naranja Mecánica*, de Stanley Kubrick; *Asesinos por naturaleza*, de Oliver Stone, canciones como *Aeroplane*, del grupo Red Hot Chili Peppers, o *Cop Killer* de Ice T video musicales como el de la canción *Margot*, del grupo español Pereza, y obras literarias tales como *Hamlet*, de Shakespeare; *Las aventuras de Sherlock Holmes*, que fue censurado en la Unión Soviética por las ideas esotéricas de Conan Doyle, y otras tantas de autores como Descartes, Francis Bacon, Stendahl, Víctor Hugo, Flaubert, Honoré Balzac, etcétera.

Algunas preguntas siguen generando encendidos debates ¿Qué hace a una obra artística moral o inmoral? ¿Cuál es la relación entre moral y arte? ¿Debe seguirse considerando la moral un límite a la libertad de expresión artística?

En España, el caso del cantautor Javier Krahe, es paradigmático, pues revela en forma nítida, la tensión entre moral y libertad de expresión, el 15 de diciembre de 2003 en el programa Lo + plus, el reconocido artista español, presentó un corto en el cual, se explicaba como cocinar un cristo, cuestión que indignó a sectores religiosos, al punto que

³⁴⁵ Ver Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-104/96

el Centro Jurídico Tomás Moro, presentó una querrela contra el artista y la directora del programa de televisión Montserrat Fernández. El caso, que se tramitó en el Juzgado Penal No. 8 de Madrid, fue ampliamente comentado, al acusar un delito contra los sentimientos religiosos.³⁴⁶

El Ministerio Fiscal, solicitó la absolución de los acusados, sin embargo cuestiones de moral religiosa estuvieron presentes en el caso, por ello, en un párrafo de la sentencia se afirma algo sumamente interesante:

La creación artística, y el Sr. Krahe es un creador reconocido, tiene en ocasiones una dosis de provocación. La sátira y el recurso a lo irreverente han sido en no pocas ocasiones un recurso artístico para hacer crítica social, mostrando la oposición del creador a determinados modelos. Esta sátira se ha dirigido en especial a las distintas manifestaciones del poder. La religión, especialmente por cuanto se refiere a la mayoritaria en España, la Iglesia como institución, han estado asociadas en la historia al poder y han sido por tanto también objeto de crítica legítima. No son infrecuentes en distintos ámbitos de la expresión, referencias críticas a símbolos o creencias religiosas. Si esto es así en la actualidad, lo fue especialmente en la época en la que el cortometraje en cuestión se elaboró.

En este contexto, no descubrimos en las palabras del Sr. Krahe ni en las imágenes emitidas, el escarnio que exige el tipo. Como hemos dicho, escarnio no es solo una burla, sino que se trata de una burla cualificada con el término “tenaz”, que tiene una manifiesta intención ofensiva. Hay en el corto emitido un inequívoco sentido satírico, provocador y crítico, pero no el de ofender que pretende la acusación. No negamos que los denunciantes se hayan sentido sinceramente ofendidos. Sin embargo, lo que debemos rechazar aquí, es que la conducta enjuiciada sea objetivamente ofensiva, al menos en el sentido reforzado que exige el tipo”.³⁴⁷

Del mismo modo, es oportuno señalar que como restricciones morales tradicionales se han considerado a aquellos que tiene que ver con la obscenidad y la pornografía, así pues, en atención a la Sentencia del Caso Miller contra California³⁴⁸ de 1973, para que proceda la calificación de obscenidad se requieren tres elementos:

³⁴⁶ Juzgado de lo penal No. 8 Madrid, Sentencia No. 235/12 de 8 de junio de 2012, Procedimiento Abreviado No. 33/11.

³⁴⁷ *Ibíd.*

³⁴⁸ Corte Suprema de los EUA, caso Miller vs. California, 413 U.S. 15 (1973) 413 U.S. 15. Apelación de la decisión del departamento de apelaciones del Tribunal de Primera Instancia de California, Condado de Orange No. 70-3 (Nota del Autor). Alegatos: 18 y 19 de enero de 1972, Nuevos alegatos: 7 de noviembre de 1972, sentencia: 21 de junio de 1973.

En la actualidad, añadiríamos una nueva prueba triple: "(a) si 'una persona común, al aplicar los estándares comunitarios vigentes' concluiría que la obra, considerada en su totalidad, atrae un interés lascivo en el sexo... (b) si la obra representa o describe, de un modo manifiestamente ofensivo, una conducta sexual definida expresamente por la ley del estado aplicable; y (c) si la obra, en general, carece de un valor literario, artístico, político o científico serio.

[...] El sexo y la desnudez no podrán ser utilizados de manera irrestricta en películas o fotografías que se exhiban o vendan en lugares públicos, así como tampoco se podrá exhibir o vender el sexo ni la desnudez en directo [413 U.S. 15, 26] en forma irrestricta en estos lugares públicos. Una representación o descripción lasciva y manifiestamente ofensiva de una conducta sexual *debe ostentar, como mínimo, un valor literario, artístico, político o científico serio para recibir la protección de la Primera Enmienda*".³⁴⁹ (énfasis del autor).

Nótese, el último requisito, pues en él se refleja el tratamiento distinto para las obras de valor artístico, el cual hace aún más complejo establecer si la obscenidad constituiría una posibilidad de que la moral pueda constituirse en un límite moral a la libertad de creación y expresión artística.

En cuanto a la pornografía, constituye otro tema sumamente complejo especialmente en lo relativo al arte, pues se torna difícil encontrar o identificar la frontera exacta entre lo erótico y lo pornográfico; Jerrold Levison, profesor de la Universidad de Maryland, sin rechazar la pornografía con argumentos morales, considera que la misma hace que pongamos atención en lo representado en tanto que el arte pretende que la atención se centre en la representación simbólica.³⁵⁰

La lógica de considerar a la pornografía como un límite moral a la libertad de expresión, básicamente radica en el principio de protección de la niñez y juventud, por el cual se impone una restricción a ciertos contenidos y representaciones, considerados inapropiados para su edad; más allá de aquello, las dificultades teóricas y estéticas para definir o valorar una otra expresión de la creatividad humana, sigue siendo un asunto intrincado.

³⁴⁹ Ver Corte suprema de los EUA, sentencia caso Miller vs. California, 413 U.S. 15 (1973) 413 U.S. 15 Miller v. California Apelación de la decisión del Departamento de Apelaciones del Tribunal de primera instancia de California, Condado de Orange 70-73.

³⁵⁰ Amplia información en Hans Maes and Jerrold Levinson, *Art and Pornography, Philosophical Essays*, Oxfordshire, Edit. Oxford University Press, 2012

Resulta oportuno también referirnos al debate que ha levantado el género reggaetón, calificado por sus detractores como *pornografía auditiva*, expresión que ha merecido desaprobación en varios países, en especial en Cuba, y Guatemala.³⁵¹

En Argentina, la propuesta del cantautor Diego Perdomo cuyo nombre artístico es Zambayonny, ha motivado una gran polémica sobre los límites libertad de creación y expresión artística, pues sus canciones han alcanzado gran popularidad con letras explícitamente sexuales, escatológicas o bizarras. Temas como *La incogible*, *Las cosas que dejé* y *El equilibrio del mundo* proponen una estética provocadora que puede a veces resultar incómoda para ciertas personas.

Zambayonny se colocó en el centro de la polémica cuando en un artículo de la *Revista Página/12*, activistas feministas lo acusaron de hacer apología del machismo y de denigrar a las mujeres en sus canciones, y entonces las preguntas más recurrentes fueron ¿El arte tiene límites? ¿Se puede discriminar en nombre de la libertad de expresión? Mariana Carbajal, reconocida periodista cuestionaba el trabajo de Zambayonny, en los siguientes términos:

¿Qué tienen en común el rey del reggaetón Daddy Yankee y Cacho Castaña? Uno y otro, en alguna de sus canciones, se vanaglorian de golpear a las mujeres. ¿Si en lugar de una mujer el blanco de sus bofetadas fueran personas judías o negras, entonarían sus letras con la misma impunidad? Activistas feministas han empezado a denunciar, artesanalmente, en redes sociales al cantautor bahiense Zambayonny –para algunos un artista de culto–, por hacer apología del machismo como base de su obra y denigrar a las mujeres. La idea, aclaran, no es llevar adelante una “campana en contra de”, sino visibilizar cómo la cultura reproduce formas de discriminación hacia las mujeres y naturaliza una supuesta subordinación en relación con los varones. ¿Cuáles son los límites del arte? ¿Se deben aplicar sanciones a quienes promueven –a través de expresiones artísticas– violencia simbólica hacia las mujeres, en un contexto en el que los femicidios son un gravísimo problema social?³⁵²

Pedro Mouratian, del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) de Argentina, manifestó respecto al trabajo de Zambayonny, que el arte es una forma de expresión y, como tal, está sujeta a límites. Un límite es precisamente

³⁵¹ Monty Carlos, Crece la prohibición oficial del “reggaeton” en centro-america o es un bulo, en <<https://carlosmonty2014.wordpress.com/2015/10/28/crece-la-prohibicion-oficial-del-reggaeton-en-centro-america/>>, consulta: 10 de octubre de 2014.

³⁵² Mariana Carbajal, “Entre el arte y el machismo”, *Página 12* (Buenos Aires), domingo 17 de febrero de 2013.

el principio de no discriminación, de modo que aquellas expresiones discriminatorias, de índole artística o de cualquier otra índole, no están protegidas por el derecho a la libertad de expresión.³⁵³

Perla Prigoshin, coordinadora de la Comisión Nacional para la Elaboración de Sanciones de la Violencia de Género, considera que Zambayonny debería dejar de reproducir esas canciones y asumir públicamente un compromiso de desenvolver su actividad de acuerdo con la ley, y esta afirmación que se hizo pública a través de varios medios de comunicación, actualiza una pregunta fundamental ¿Se pueden limitar las expresiones artísticas? y cuando *Página /12*, le preguntó a Perla Prigoshin sobre este tema, su respuesta fue la siguiente: “Los límites del “arte” están dados por la cultura de un pueblo, en el marco de la libertad y en el respeto a los derechos de las personas, en nuestro caso las mujeres. Si la ley dice que tales o cuales conductas son reprochables, ahí está el límite”.³⁵⁴

En el caso de la Constitución ecuatoriana, aparentemente, los artículos 19 y 21 claramente determinan estas limitaciones a las que nos estamos refiriendo; sin embargo consideramos que la norma constitucional no es tan clara, pues el artículo 19 inciso 2 dice “Se prohíbe la publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política, y toda aquella que atente contra los derechos”³⁵⁵. Hay que destacar que este precepto se refiere exclusivamente a la publicidad, y ni el acto artístico, ni la expresión del arte puede ni debe confundirse con aquella, pues la publicidad no es otra cosa que una maniobra destinada a difundir o informar al público sobre un bien o servicio, con el objetivo de motivar su consumo, por lo tanto definitivamente este artículo no puede ser aplicable a la libertad de creación y expresión artística.

³⁵³ *Ibíd.*

³⁵⁴ *Ibíd.*

³⁵⁵ Nótese que solamente se hace referencia a la prohibición de *publicidad*, entendiéndose por publicidad según la American Marketing Association, a la colocación de avisos y mensajes persuasivos, en tiempo o espacio, comprado en cualesquiera de los medios de comunicación por empresas lucrativas, organizaciones no lucrativas, agencias del estado y los individuos que intentan informar y/o persuadir a los miembros de un mercado meta en particular o a audiencias acerca de sus productos, servicios, organizaciones o ideas”. Puede leerse en <<http://www.marketingpower.com>>, consulta: 28 de julio de 2017.

En el caso del artículo 21 que dice: “No se podrá invocar a la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos por la Constitución” nos encontramos frente a una redacción ambigua del mismo, cuando habla del invocar a la cultura, pues el vocablo cultura como tal es indiscutiblemente polisémico, de hecho, en el año de 1952 los investigadores Alfred Kroeber y Clyde Kluckhohn compilaron una lista de 164 definiciones sobre cultura y desde entonces hasta la fecha han incrementado, en consecuencia ¿A que “cultura” se refiere el texto constitucional? La incógnita persiste, pues hasta el momento, no contamos con una interpretación de la Corte Constitucional en este sentido, lo que nos conduce a manifestar que las restricciones a la libertad de expresión artística no son claras en la Constitución ecuatoriana, y que por tanto será la jurisprudencia la que en su momento podrá brindar mayores elementos de juicio sobre este tema.

2.7.3. El orden público y la libertad de creación y expresión artística

El orden público es la situación normalidad en la marcha de las relaciones sociales, razón por la cual esta idea de orden pública se relaciona con la paz social, el ejercicio legítimo de la autoridad, el ejercicio pacífico de los derechos y libertades ciudadanas.

Pero además el orden público está vinculado al principio legitimidad en el ejercicio del poder político y el de consenso social a través del respeto del ordenamiento jurídico.

La realidad sin embargo es distinta,

Hay orden público mientras el patrón esquilma desvergonzadamente al proletario; reina el desorden si el proletario no quiere dejar seguir dejándose sacrificar por los patrones. Si un caldero estalla y produce la muerte de diez o doce operarios no altera el orden público; pero si treinta o cuarenta operarios destrozan el motor de una fábrica, el orden público se encuentra seriamente amenazado.³⁵⁶

³⁵⁶ Ángel Cappelletti y Carlos Rama, comp. *El anarquismo en América Latina* (Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1990), 283.

Las restricciones a la libertad de creación y expresión artística en función del orden público, son aquellas cortapisas que el ordenamiento jurídico impone frente al uso de discursos violentos o expresiones artísticas que puedan afectar dicho orden.

En el mundo posiblemente sea China el país que más se ha preocupado sobre el tema, liderando la censura a la música pop en el mundo a partir de un incidente en el concierto de la cantautora islandesa Björk, quien durante el concierto gritó por la independencia del Tíbet, razón por la cual el Ministerio de Cultura de China, en forma sistemática, ha impedido la presentación de ciertos artistas cuyas ideas pudieran perturbar el orden público, o ha censurado producciones artísticas, tal es el caso la censura del disco del grupo Guns N'Roses, *Chinese Democracy*, por contener críticas al régimen de Pekín.

La banda británica Oasis también ha sido impedida de hacer conciertos en Beijín, pues el gobierno chino tuvo conocimiento que uno de sus integrantes, el músico Noel Gallagher participó, en el año de 1997, en un evento artístico para apoyar la independencia de Tíbet. Del mismo modo durante el año 2010, el icónico poeta y cantautor norteamericano Bob Dylan, premio Príncipe de Asturias de las Artes en el año 2007 y premio nobel de literatura 2016, tampoco pudo hacer su gira de conciertos en el país asiático, por el contenido político sus canciones.

En lo que tiene que ver con el orden público, en Ecuador, existe un episodio muy interesante ocurrido el 12 de febrero de 1949, cuando Radio Quito, transmitió una adaptación a la ecuatoriana, de la novela de Ciencia Ficción del escritor inglés H. G. Wells *La guerra de los mundos*, en formato de radioteatro y concebida por el director artístico Leonardo Páez.

La dramatización fue tan impactante, que hasta la brigada del batallón de infantería Tarqui envió tropas hasta Cotocollao para hacer frente al inexistente ataque marciano, y también la policía nacional se movilizó para ver si en verdad ocurría una invasión extraterrestre en el Ecuador. Una vez que se constató que se trataba de un montaje artístico, la ciudadanía se encolerizó e incendió la radio, y la policía sintiéndose burlada no hizo nada por brindar asistencia al personal del medio de comunicación,

resultando como saldo trágico el fallecimiento de cinco personas calcinadas en las instalaciones de Radio Quito.³⁵⁷

Diríamos que en este caso, paradójicamente una teatralización demasiado realista de una obra literaria, desencadenó un caos con episodios de saqueo y pánico generalizado, en el que inclusive, algunas personas murieron; sin embargo posiblemente a nadie se le habría ocurrido que una historia de ficción tan inverosímil, hubiese alcanzado tales proporciones.

En la España de Franco la censura a la música calificada de protesta, fue evidente, en especial canciones como *No nos moverán* de Joan Báez, *Me queda la palabra*, de autoría del poeta Blas de Otero e interpretada por Paco Ibáñez, o *Clamo al firmamento/Aleluya No. 2* de Luis Eduardo Aute.³⁵⁸

En Argentina, durante la dictadura entre 1978 y 1983, la censura por temor a la alteración al orden público fue para una gran cantidad de canciones, entre las que destacamos *Chamarrita de los milicos* de Alfredo Zitarrosa, *Triunfo Agrario* de Armando Tejada y Gómez y César Isella, *Te recuerdo Amanda* de Víctor Jara, *Gilito del Barrio Norte* de María Elena Walsh, *Estamos prisioneros* de Horacio Guarany, *Para el pueblo lo que es del pueblo* de Piero, *Pido castigo*, texto de Pablo Neruda musicalizado e interpretado por Víctor Heredia, etcétera.³⁵⁹

En Chile, la dictadura de Pinochet, censuró varias expresiones artísticas, sin embargo considero como lo más indignante la orden de que Pablo Neruda no abandonara su casa en la Isla Negra, para evitar, justamente que su obra poética generara alteraciones al orden público, y la detención, tortura y asesinato del cantautor Víctor Jara en el Estadio

³⁵⁷ Henrik Klemetz, “La tragedia de radio Quito”, publicada originalmente en la *Revista Radio World Internacional*, el 28 de mayo de 1997. El material se basa en recortes periodísticos de la época y una entrevista ofrecida al autor por el señor Xavier Almeida, de Radio Quito, así como datos publicados en el libro “Radiodifusión en la Mitad del Mundo”, 1991, por Álvaro San Félix, locutor, periodista y actor de teatro ecuatoriano.

³⁵⁸ Amplia información en Roberto Torres Blanco, “Canción protesta: definición de un nuevo concepto historiográfico”, en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, vol. 27 año 2005.

³⁵⁹ Sobre el tema puede leerse en Bertazza Juan Pablo, “Si se calla el cantor”, publicado en *Página 12* Argentina, en <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/radar/9-4990-2008-12-14.html>, consulta: 25 de mayo de 2016.

Nacional. De hecho durante la dictadura de Pinochet, toda expresión vinculada a de la Nueva Canción Chilena y al folclore fue censurada.³⁶⁰

En Ecuador, en nuestros días, se ha denunciado a los medios que los diez jóvenes detenidos en el llamado Caso Luluncoto,³⁶¹ acusados de terrorismo, tenían en su poder fundamentalmente libros, cuadernos camisetas con la imagen del Che Guevara, y discos de música protesta.³⁶²

Entre los objetos requisados en el momento de la detención y durante el registro del domicilio de los acusados y presentados como evidencias por la fiscalía de acuerdo al documento de la audiencia preparatoria a juicio, se encuentran objetos como camisetas del Che Guevara y una pañoleta del FMLN de Nicaragua, así como *CD's de música protesta*, películas, libros de derecho constitucional, folletos de varias organizaciones sociales, cuadernos de la Universidad Central, en la que algunos de los detenidos estudian, libros y materiales de prensa, la Constitución de la República, el periódico *El Ciudadano*, y un documento gubernamental titulado *Defiende la Democracia*".³⁶³ (Énfasis añadido)

Como vemos en este caso la música protesta o social, ha sido vinculada con una presunta tentativa de delito contra la seguridad del Estado, como una vía hacia la alteración del orden público, y la sola tenencia de este tipo de canciones junto otro tipo de materiales impresos, genera en la justicia una presunción de dolo en los detenidos. ¿Será acaso esta una forma de censura, por la cual los jóvenes deben abstenerse de escuchar y tener canciones de contenido social, por considerársela un indicio de que se está atentando contra el orden público?

Curiosamente y como hemos podido ver en varios medios de comunicación como en distintos momentos de su gobierno, el Presidente Rafael Correa ha entregado sendas condecoraciones a populares cantantes de música social como Joan Manuel Serrat, Piero,

³⁶⁰ Sobre el tema puede leerse en Juan Pablo González, *Censura, industria y nación: Paradojas del boom de la música andina en Chile (1975-1980)*", *Revista digital nuevo mundo*, <<https://nuevomundo.revues.org/67810>>, consulta: 26 de mayo de 2016.

³⁶¹ Los hechos del caso tienen como punto de partida, una reunión para hablar de política el 3 de marzo de 2012, en un departamento ubicado en el barrio Luluncoto de la ciudad de Quito.

³⁶² Comisión Ecuemenica de Derechos Humanos, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos y Proyecto de Reparación Clínica Ambiental, *Ocaso de la justicia, el caso sol rojo. Informe psicosocial y de derechos humanos* (Quito: CEDHU, INREDH y Clínica Ambiental, 2012), 12-3.

³⁶³ Carta de Amnistía Internacional enviada el 27 de noviembre de 2012, al Dr. Galo Chiriboga, Fiscal General del Estado, y suscrita por Guadalupe Marengo Directora Adjunta, Programa Regional para América. Una copia de dicha carta se encuentra reposa en los archivos del investigador (nota del autor).

León Gieco y Víctor Heredia, Carlos Mejía Godoy, Luis Eduardo Aute, Alberto Cortez, figuras que han dedicado su quehacer artístico justamente a la canción social o protesta.

Frente a ello resulta oportuna una pregunta ¿En qué momento el arte puede atentar contra el orden público?

“El orden público es un concepto amplio que engloba las nociones de seguridad, orden en sentido estricto, tranquilidad y sanidad pública.

Cuando la Administración persigue la seguridad se dedica a prevenir accidentes de todas clases, ya sean naturales (inundaciones, incendios, etc.) u ocasionados por el hombre (robos, accidentes de tráfico, etcétera).

La idea de orden, como concreción del orden público, hace referencia al orden externo de la calle en cuanta condición elemental para el libre y pacífico ejercicio de los derechos fundamentales; supone, por tanto, la ausencia de alteraciones, algaradas, coerciones, violencias, etc., que puedan dar lugar a la ruptura de ese orden externo”.³⁶⁴

En consecuencia el orden público constituye un estado de vida social, en armonía, paz, respeto al orden jurídico, y acatamiento a la autoridad, una noción de origen liberal, cuyo origen podría encontrarse en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del ciudadano, como una garantía y al mismo tiempo un límite a la libertad, de modo que lo que una persona o un grupo de personas haga o pueda hacer no perjudique a los demás miembros del grupo social; de modo que esta noción está directamente vinculada la idea de seguridad ciudadana y paz social, pues lo contrario sería la violencia, el caos social, inseguridad generalizada, etcétera.

Pues bien, resulta poco razonable y muy difícil que el arte por sí mismo pueda detonar un estallido social, capaz de alterar la paz y tranquilidad social, y en la experiencia ecuatoriana. El fútbol por ejemplo a registrado episodios violentos,³⁶⁵ en función a hinchadas alborotadas capaces de generar actos vandálicos, aunque claro esta no se han producido episodios tan dramáticos como los experimentados en Europa hace algunos

³⁶⁴ Enciclopedia jurídica on line en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/seguridad/seguridad.htm>, consulta: 26 de mayo de 2016.

³⁶⁵ Al respecto resulta oportuno leer la nota periodística intitulada Cronología de los hechos violentos en el fútbol ecuatoriano, contenido publicado originalmente por diario *El Comercio* en <http://www.elcomercio.com/deportes/futbol/cronologia-hechos-violentos-futbol-ecuatoriano.html>, consulta: 27 de agosto de 2013.

años con los *hooligans*, sin embargo jamás se ha tenido noticia de que algún tipo de expresión artística pudiera generar alguna forma de violencia civil.

Por otra parte, ¿Qué pasa si el arte sugiere o expresa cuestiones discriminatorias? Al respecto un caso mas o menos reciente fue la fotografía que apareció publicada en Buro 24/7 del año 2014, justo en el día de Martin Luther King³⁶⁶, en la cual aparece la promotora de arte Dasha Zhúkova, obviamente caucásica, sentada en una escultura que representa a una mujer afrodescendiente vestida con ropas sadomasoquistas tumbada boca arriba y con las piernas echadas hacia atrás, una imagen calificada de racista y supremacista, que recibió un rechazo generalizado y fuertes crítica que motivaron que Miroslava Duma, responsable del portal Buro 24/7 a través de su cuenta de Instagram expresara lo siguiente:

Queridos, el equipo de Buro 24/7 y yo queremos expresar nuestras más sinceras disculpas a cualquier persona que se haya sentido ofendida. Esa nunca fue nuestra intención. Estamos en contra del racismo o la desigualdad de género o cualquier cosa que atente contra los derechos de cualquiera. Amamos respetamos y admiramos a la gente independientemente de su raza, género o estatus social. La silla de la foto solo debería haber sido vista como una obra de arte que fue creada por el artista pop inglés Allen Jones, y no como una forma de discriminación racial.³⁶⁷

La polémica sobre las restricciones del arte que promueva xenofobia y racismo, definitivamente se mantiene.

Asimismo se dice que el arte puede hacer apología del delito, y en este tema, hay que volver a tocar esta vez con mayor detalle el caso de Pablo Hásel, puesto que la sentencia dictada en su contra, resulta extremadamente simbólica, al transcribir estrofas completas de canciones para configurar el tipo penal acusado.

Pablo Rivadulla Duró, conocido como Pablo Hásel, es un artista español de ideología estalinista, que mereció una condena de dos años de cárcel por enaltecimiento al terrorismo, por la Sección Tercera de lo Penal de la Audiencia Nacional.

³⁶⁶ El día de Martin Luther King se celebra el tercer lunes de enero de cada año, que es aproximadamente la fecha del nacimiento de King (nota del autor).

³⁶⁷ Amplia información “La silla de la discordia”, publicado en *Revista Kienke* del 22 de enero de 2014, <<http://www.kienyke.com/autor/kienke-revista/>>, consulta: 19 de mayo de 2014.

Se ha afirmado que Pablo Hásel, ha compuesto canciones en las que se alaba los atentados terroristas de Grapo, ETA, Al Qaeda, Facción del Ejército Rojo (RAF) y Terra Lliure, e incluso que pedía a estas organizaciones que volvieran a atacar.

La sentencia del 31 de marzo de 2014³⁶⁸ es sugestiva, bastante peculiar, y muy ilustrativa para el presente estudio, puesto que el medio para el cometimiento de este delito según la sentencia, es través de canciones de su autoría que subió a Youtube en formatos de audio y video, los mismos que tuvieron gran éxito.

Las canciones, que son consideradas como enaltecedores del terrorismo son: Libertad presos políticos, Democracia su puta madre, Obama Bin Laden, Los peores terrorista, El llanto de las gaviotas, Esclavitud consentida, En una calle olvidada, No me da pena tu tiro en la nuca, Libertad arenas, El hijo adoptado de Jacques Mesrine, Realidad surrealista, No quiero ser otro cordero.

En la sentencia se transcriben textos completos de las canciones de Hásel, volviéndose el primer fallo, en el cual durante el desarrollo de la presente investigación, es posible ver la estructura de un cancionero.

Como pruebas de cargo, se consideran, en primer lugar el hecho de que Pablo Hásel reconoce ser el autor de las canciones, por tanto la creación artística se constituye en el elemento doloso del delito, además de informes técnicos referentes a los archivos de audio y video difundidos por You tube. El tipo penal, está contemplado en los artículos 578 y 579, numeral 2 del Código Penal Español.

Sobre el derecho a la libertad de expresión, argumentada por el acusado, la sentencia toma como punto de partida, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido que la alabanza o justificación de acciones terroristas no puede ampararse dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida en la que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de aquella comunidad que lo sufre, lo que significa que el discurso de odio, no está amparado en la libertad de expresión de un estado democrático.

³⁶⁸ Sección Tercera de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sentencia No. 8/2014, 31 de marzo de 2014.

Con estos razonamientos, el artista es condenado a pena privativa de libertad de dos años, pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho al sufragio por un tiempo igual al de la pena, e inhabilitación absoluta durante diez años.

Hay que señalar que en todo el texto de la sentencia si bien se aborda el tema de la libertad de expresión, los juzgadores olvidan que se trata de una tema de creación y expresión del arte, que lo que se está considerando son canciones, y que por tanto son expresiones artísticas, razón por la cual no es aplicable la misma lógica y estándares que la libertad de expresión general.

No se trata solamente de censurar el trabajo de Pablo Hásel, más bien daría la impresión de que ante la imposibilidad de controlar una red social como Youtube, se decide tomar el camino de la represión penal para acallar una expresión artística, incómoda para el sistema, independientemente del hecho de estar en desacuerdo o no con las ideas de su autor.³⁶⁹

Además resulta oportuno recordar la sentencia N° 51/2008, 14 de abril de 2008, BOE num.117, 14 de mayo de 2008, en la que la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España resuelve en caso del escritor Manuel Vicent y su novela intitulada Jardín de Villa Valero, la misma que fue analizada en el apartado 1.4.4 de este trabajo, en la cual se reconoce que el producto artístico es resultado de un complejo proceso de reelaboración intelectual, y por tanto trasciende los hechos concretos desde la imaginación y la personal concepción del mundo del autor.

La sentencia en el caso Hásel es repudiable pues las canciones fueron difundidas a través de internet, un espacio virtual en el cual cada persona escoge lo que quiere ver, leer o escuchar, y de algún modo nos recuerda la *fetua* contra Salman Rushdie.³⁷⁰

³⁶⁹ En Ecuador, el 23 de mayo del 2017, el presidente Rafael Correa envía a la Asamblea Nacional un proyecto de *Ley que regula los actos de odio y discriminación en redes sociales e internet*, el cual de ser aprobado posibilitaría que en casos similares a los de Pablo Hásel, el Estado pueda censurar las expresiones artísticas difundidas a través de redes sociales cuando su contenido sea considerado ilícito, tomando como punto de partida un informe de las empresas proveedoras de servicios telemáticos, internet o de similar naturaleza; sin perjuicio de las posteriores responsabilidades penales que podrían derivar en contra del artista o creador en función del Código Integral Penal (nota del autor).

³⁷⁰ El escritor Salman Rushdie a raíz de la publicación de su libro *Los versos satánicos*, ha sido acusado de blasfemia, y condenado a muerte. El gobierno Iraní ha puesto un precio a su cabeza de alrededor de tres millones de dólares (nota del autor).

Habría que preguntarse si obras como la novela británica *Naranja Mecánica* de Anthony Burgess, o la película *Asesinos por naturaleza* del director Oliver Stone, habrán sido al menos censuradas en España por hacer apología de la violencia, o si existe alguna característica especial en las canciones de Pablo Hásel, que las convierten en expresiones artísticas más peligrosas para el orden y la paz social.

Otro caso que merece nuestra atención es el de la música regional mexicana, que en sus líricas aborda temas relacionados con el narcotráfico, cantantes como Alfredo Ríos el Komander, o el grupo Calibre 50, en el año 2014 fueron impedidos de presentarse en el Festival de Puebla, a realizarse del 11 de abril al 11 de mayo, por hacer apología del delito. Los llamados narcocorridos mexicanos interpretados por grupos artísticos como Los Tucanes de Tijuana, Los Tigres del Norte, Los Amos de Nuevo León, Los Huracanes del Norte, Los Originales de San Juan, El Tigrillo Palma, K-Paz de la Sierra, han sido prohibidos por decreto en el Estado de Sinaloa, por considerar que esta expresión de la música popular ensalza a los capos del narcotráfico y toda la violencia alrededor de estas actividades ilícitas, que indudablemente constituyen un problema severo para los mexicanos.

Según el investigador Juan Carlos Ramírez-Pimienta, de la Universidad San Diego, el primer corrido de estas características, se grabó en el año de 1934 por Manuel Cuéllar Valdez, luego se grabó *El contrabandista* de Manuel Gaytan.³⁷¹

Para José Manuel Valenzuela Arce, los narcocorridos no hacen otra cosa sino participar en la construcción de las crónicas sociales, pudiendo en ciertos casos inclusive, ofrecer miradas críticas a las verdades oficiales.³⁷²

La censura a los narcocorridos plantea algunas interrogantes: ¿Son estos una expresión de carácter popular? ¿Puede la canción ser un ingrediente más de aquellos que desencadenan la violencia en México? ¿Acaso otras expresiones del arte como por ejemplo la novela como *La Reina del Sur*,³⁷³ escrita por el reconocido autor español Arturo Pérez Reverte, ha sido censurada en México por narrar la historia de una traficante,

³⁷¹ Amplia información sobre el tema en Juan Carlos Ramírez-Pimienta, *Cantar a los narcos* (México DF: Temas de hoy, 2012).

³⁷² Amplia información sobre el tema puede encontrarse en José Manuel Valenzuela Arce, *Jefe de Jefes: corridos y narcocultura* (México DF: Casa de las Américas, 2003).

³⁷³ Arturo Pérez-Reverte, *La reina del Sur* (México DF: Alfaguara, 2002).

o la película *Helí* del cineasta Amat Escalante premiada en el festival de Canes, y que muestra de manera visual, la violencia del mundo del tráfico de drogas? ¿Por qué si todas estas expresiones artísticas abordan los mismos temas únicamente los corridos es decir las canciones han sido objeto de censura? ¿Cuál es el criterio que indique por qué una canción ensalza la violencia y no una pieza literaria o una película?

Pareciera que los criterios para establecer este tipo de limitaciones son bastante subjetivos, y demasiado vinculados a la discrecionalidad del poder.

2.7.4. El bien común

El bien común es un concepto que en general puede ser entendido como aquello de lo que se benefician todos los ciudadanos haciendo que los sistemas sociales, instituciones y medios socio económicos funcionen de tal manera que beneficien a todas las personas, John Rawls ha dicho que el bien común consiste en “ciertas condiciones generales que son de ventaja para todos.”³⁷⁴

Filosóficamente el bien común es indivisible porque el bien que aprovecha a cada uno no puede separarse del bien de los demás; no es apropiable por parte de uno de sus miembros, y todos tienen acceso a él, y abarca el conjunto de aquellas condiciones de la vida social, con las cuales las personas, las familias y los grupos humanos y la sociedad en general pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia realización sin dejar de ser parte del colectivo.

Teóricamente el bien común deriva de la naturaleza humana, no es la suma de los bienes individuales, redundando en provecho de todos, abarca tanto a las exigencias materiales como las espirituales obliga al Estado, al derecho y a los individuos, y nos ayuda a ser más humanos y solidarios.

Para Karl Popper, el bien común es una utópica-demanda no solo un plan o concepto del deber ser de la sociedad lo que la sociedad, sino de la existencia de un gobierno fuerte y centralizado no interesados en los derechos o beneficios de los

³⁷⁴ Ver Prusak Bernard, *Politics, Religion & The Public Good*, An interview with philosopher John Rawls *Commonweal*, September 25, 1998 / Volume CXXV, Number 16, puede leerse en página web <<http://www98.homepage.villanova.edu/bernard.g.prusak/interviewwithrawls.htm>>, consulta: 3 de junio de 2016.

individuos como tales sino en la comunidad como entidad, siendo esta una percepción capaz de conducir fácilmente a la tiranía y el totalitarismo.³⁷⁵

Por esta razón y sociedades multiculturales como la ecuatoriana, se vuelve una meta irrealizable ya que no es posible alcanzar un acuerdo sobre los bienes que lo integran, lo que conduce a que en algún momento o bien se abandone el concepto de bien común, o se reduzca la discusión a cuestiones absolutamente prácticas y puntuales tales como los bienes comunes parciales propios de una comunidad.

Muchas veces el bien común ha devenido en un discurso de la dominación para ejercer un eficiente control social e inclusive para violentar la propia esfera privada del pensamiento de las personas.

En lo que tiene que ver con el bien común, como restricción a la libertad de expresión y creación artística, esta ha sido traída desde los límites a la libertad de expresión en general, y tiene que ver con aquello que beneficia a toda la colectividad, siendo en el caso ecuatoriano un postulado vinculado al buen vivir.

Para muchos defensores de los derechos culturales, el arte es un bien común y por tanto un derecho de la sociedad, sin embargo en ciertas ocasiones es posible encontrar una suerte de tensión entre el bien común y ciertas expresiones artísticas, olvidando que:

Una sociedad con libertad de expresión artística es una sociedad más sana, es una sociedad donde el ciudadano se da el permiso para soñar un mundo mejor donde él tiene un lugar, es una sociedad que se expresa mejor porque se expresa en toda su complejidad.³⁷⁶

Cuando entramos a analizar cuestiones relativas al bien común, nos encontramos con la conocida frase que el interés general, debe primar sobre los intereses particulares, y luego empezamos a encontrar una gran dificultad para determinar cuándo una expresión artística puede entrar en contradicción con el interés general.³⁷⁷

³⁷⁵ Amplia información sobre el tema en Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos* (Barcelona: Paidós Ibérica, 2010).

³⁷⁶ Bruguera Tania Manifiesto sobre los derechos del artista Palabras leídas en “Expert Meeting on Artistic Freedom and Cultural Rights” Sala No. 21, Palais des Nations, sede de la Organización de Naciones Unidas Ginebra diciembre 6, 2012 (nota del autor).

³⁷⁷ “El bien común entendido desde el relativismo solo puede ser concebido como interés general. Este se presenta como lo más común a los ciudadanos. Ahora bien, no es lo más común según el orden natural, sino según el consenso de una supuesta mayoría que representaría la voluntad de todos los ciudadanos. No importa que lo propuesto se adecúe al bien, sino que este sea expresión de una mayoría. Esta justifica la validez de ese bien adoptado”. Pablo López Martín, “La reconversión del bien común

Posiblemente encontremos alguna experiencia en lo que tiene que ver con la expresión del arte, en el espacio público, en el caso ocurrido en Ecuador, relacionado con Discoteca Factory en la cual un 19 de abril del año 2008, se realizó un concierto de Rock Gótico que terminó en desastre.

Durante el evento, se presentó la banda de rock gótico Vendimia, que realizó un performance, que incluía fuego, al parecer un chispazo se proyectó hacia una viga de hierro de la estructura y se desvió alcanzando el recubrimiento de esponja del techo del local, desatado un incendio, en el cual mueren diecinueve personas, y otras tantas resultan lesionadas, pues las salidas de emergencia estaban cerradas y aseguradas con candados, y la única puerta libre fue insuficiente para que los doscientos cincuenta asistentes pudieran salir.

Si bien los procesos administrativos y judiciales, terminaron con sanciones para los dueños del local por no cumplir con las medidas de seguridad adecuadas, un gran debate se encendió en la ciudad de Quito respecto a la discriminación existente hacia la cultura rockera, y aún más contra la cultura gótica.

¿Acaso si las autoridades debieron impedir la realización de este evento, por no existir las medidas de seguridad para los asistentes y para los propios artistas? Seguramente si aquella hubiera sido la postura oficial se habría dio que se estaba impidiendo la libre expresión de las bandas y artistas de rock gótico, y posiblemente esta fue una de las razones por las cuales, no se observaron aspectos de seguridad, que finalmente fueron decisivos para la tragedia.³⁷⁸

En este caso posiblemente se debió sopesar la presentación de una expresión artística frente al interés general respecto a la seguridad de un grupo bastante considerable de personas, por ejemplo la prohibición del uso de pirotecnia en un espacio cerrado, si bien puede considerarse una limitación a lo que los artistas pretenden transmitir, por parte puede ser una medida preventiva para evitar causar daño a las personas.

en interés general”, Ponencia presentada en las I Jornadas de Doctrina Social de la Iglesia sobre el bien común, <<https://iifv.files.wordpress.com/2011/06/bien-comc3ban.pdf>>, consulta: 26 de mayo de 2016.

³⁷⁸ Sobre el tema amplia información en Andrea Madrid Tamayo, “La discoteca Factory: Estudio de caso sobre la emergencia identitaria del rock (Estudios sobre el Distrito Metropolitano)”, *Revista del Instituto de la Ciudad* 1, No. 3 (2013) (Quito: Editorial Instituto de la Ciudad).

Sin embargo, hay otra lectura mucho más compleja sobre el tema, pues desnuda la intolerancia de la sociedad ecuatoriana ¿Acaso el concierto fue realizado en la Discoteca Factory, en condiciones de inseguridad, pues los exponentes de esta expresión artística no tenían acceso a otros espacios para poner de manifiesto su creatividad y sus propuestas estéticas? ¿No fue la discriminación hacia la cultura gótica lo que les puso en una situación de riesgo que terminó en la tragedia que estamos analizando? ¿Tal vez las restricciones a la libertad de creación y expresión artística de los cultores del rock gótico fue lo que generó la tragedia? ¿Cómo encajan estas culturas, discriminatoriamente llamadas subculturas en un Estado intercultural como el ecuatoriano? ¿Podían haber tenido otro espacio adecuado para expresar su arte? ¿Se trató acaso de una cuestión de costes?

Otro aspecto que merece cierta reflexión tiene que ver con la calificación de ciertas expresiones artísticas, por ejemplo el *torture porn*, considerado un subgénero cinematográfico, que podría no ser recomendable para menores de edad por tratarse de un forma de arte que genera cierto desagrado, aunque para autores como Stephen King, “te hace sentir incómodo, pero el buen arte debe hacerte sentir incómodo”³⁷⁹ Sin embargo la sociedad prefiere no enfrentar a niños, niñas y adolescentes, a cierta violencia explícita, sexo explícito u otras manifestaciones, que así sean de carácter artístico pueden impactar negativamente en la emocionalidad y la psicología de aquellos.

Un hecho que puso en debate las cuestiones que venimos planteando fue la balacera registrada en la escuela secundaria de Coumbine, EUA en el año de 1999, que de algún modo se vinculó con el polémico artista norteamericano Marilyn Manson, cuyas canciones fueron consideradas como una especie de inspiración para la violencia desatada, aunque finalmente el FBI, considero inexplicables, las razones que condujeron al tiroteo³⁸⁰, sin embargo el Informe de la filósofa Blandine Kriegel en Francia, sobre la relación entre canciones violentas y violencia en los jóvenes de la Universidad de Iowa EUA y las recomendaciones de la Asociación Americana de Pediatría sugieren que ciertas

³⁷⁹ Ver Marc Olsen, “Stephen King on the artistic merits of torture porn”, *Los Ángeles Times*, 20 de julio de 2007.

³⁸⁰ Un interesante acercamiento a este tema lo realiza el director de cine Michael Moore en su documental del año 2002 *Bowling for Columbine*. (Nota del autor)

expresiones ya sean artísticas o productos de los mass media, pueden afectar el comportamiento de niñas, niños y adolescentes.³⁸¹

El Informe Kriegel³⁸² plantea el considerar la aplicación de ciertos instrumentos de regulación para consolidar el principio de protección de los menores, los cuales posteriormente fueron descalificados como mecanismos censura, por parte de autores, productores y directores de cine, razón por la cual, finalmente las recomendaciones del informe no se implementaron.

En 2013, un caso bastante interesante causó polémica en las redes sociales cuando un desnudo femenino de la fotógrafa francesa Laure Albin Guillot publicado en el perfil del Museo Jeu de Paume de París para ilustrar una muestra dedicada a la artista, fue censurado por Facebook, evidenciando que las políticas de protección del interés general de los usuarios de esta red social, tienen problemas para distinguir entre arte y pornografía, y que existe una rigidez que no hace concesiones ni siquiera a imágenes de un alto valor artístico.

Efectivamente, si bien el cuidado de los intereses sociales constituye teóricamente una limitación razonable a la libre expresión del arte, sin embargo, no podemos dejar de señalar una vez más, que existe un alto margen de libre y subjetiva apreciación por parte de quienes imponen estos límites especialmente quienes ejercen algún tipo de autoridad.

El derecho como lenguaje normativo al expresar una voluntad de poder, se halla plagado de unos conceptos indeterminados que muchas veces pueden resultar peligrosos y perniciosos, por su potencialidad expansiva pro autoritaria. Conceptos como: orden público, interés público, moral, orden social, tranquilidad pública, fines lícitos, bien común, y otros similares finalmente permiten que los derecho y las libertades en función de estos estándares subjetivos sean acotados por un legislador, una autoridad

³⁸¹ Según este estudio publicado en la revista *Journal of Personality and Social Psychology*, “la letra de las canciones violentas influyen en la mente de los adolescentes y pueden resultar tóxicas para su bienestar emocional, lo que constituye una rigurosa llamada de atención para padres, tutores y educadores. La investigación se basó en cinco experimentos diferentes pensados para establecer la posible relación que podría generarse entre la violencia de las canciones populares y los pensamientos y sentimientos de los chicos y chicas objeto del experimento” en <https://gloria.tv/article/mLcSkNFpJxMm2ELsnb7a1Pbur>, consulta 28 de julio del 2017.

³⁸² El informe Kriegel, es un documento, que lleva el nombre de la filósofa Blandine Kriegel, fue elaborado por una comisión de expertos galos por encargo del ministro de Cultura francés, y publicado por la Academia de las Ciencias y las Artes de Televisión (ATV) en su boletín de diciembre del 2002. (Nota del autor)

administrativa, o un juez; que actúan discrecionalmente, consientes que tienen plena “capacidad de manipular las aspiraciones jurídicas, de crearlas en algunos casos, de ampliarlas o desalentadas en otros”.³⁸³

Finalmente las restricciones fundamentadas en el bien común, dependerán siempre de la moral vigente en un espacio geográfico y en un momento histórico determinado, puesto que “Si aceptamos la justicia como una virtud política, queremos que nuestros legisladores y otros funcionarios distribuyan recursos materiales y protejan las libertades civiles para asegurar un resultado defendible desde el punto de vista moral”³⁸⁴ lo cual es una vieja aspiración que lamentablemente no ha podido ser alcanzada.

2.8. Formas encubiertas de censura

Si bien la facultad de aprobar o prohibir determinado material o expresión antes de hacerse público se encuentra prohibida, cuando se refiere a la censura previa, en la vida real siguen existiendo formas encubiertas en que se ejerce la censura.

Según el *Diccionario de la lengua española*, censura, en sus principales acepciones que son de interés para el presente estudio, significa:” Dictamen y juicio que se hace o da acerca de una obra o escrito, e intervención que ejerce el censor gubernativo.”³⁸⁵

Etimológicamente la palabra censura se remonta al personaje del *ensor*, un magistrado romano, que se encargaba de vigilar el comportamiento de los ciudadanos. En la actualidad los censores son quienes censuran películas, publicaciones y otras formas de comunicación.

Existen diversas manifestaciones de censura que van desde la censura moral, que tiene que ver con los valores de un grupo social en un momento histórico determinado, y que por ejemplo desaprueba cuestiones que pudieran lesionar el pudor del grupo; la censura militar que impide que las personas que no sirven en las fuerzas armadas tengan acceso, puedan conocer o peor aún difundir asuntos relativos a la seguridad; existe una censura política referente a la información que los gobierno ocultan a los ciudadanos, o

³⁸³ Pierre Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*, 2a. ed. (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000), 194.

³⁸⁴ Ronald Dworkin, *El imperio de la Justicia*, trad. por Claudia Ferrari, 2a. ed. (Barcelona: Gedisa, 1992), 124.

³⁸⁵ Real Academia Española, *Diccionario*.

cualquier medida que afecte o limite la libertad de expresión, existe la censura corporativa que recae sobre los secretos de fabricación, y en caso de los medios cuando los editores manipulan la información; existe la censura religiosa que impide ciertas expresiones y comunicaciones en virtud de ciertas creencias.

En la vida cotidiana la censura está presente en la educación, en la cultura popular, en la prensa; constituye una forma de ejercer el poder, y concomitantemente una estrategia para controlar a la sociedad. Generalmente todo gobierno de turno trata de implementar mecanismos para conseguir apoyo, inclusive por medio de la imposición de sus ideas, y entonces la censura aparece como un mecanismo idóneo para tratar de controlar el pensamiento de las personas.³⁸⁶

La posibilidad real de sostener un gobierno en función de un sustento ideológico, pasa por el diseño de estrategias para incidir y manipular las ideas, para ello se hace necesario intervenir en el sistema educativo en especial las universidades, transformar en forma muy sutil los medios públicos en medios estatales, controlar los medios privados y comunitarios de comunicación, y finalmente implementar mecanismos de control cultural.³⁸⁷

La censura en el arte y la cultura en sus diversas manifestaciones, se presenta como una herramienta por la cual aparentemente poco se prohíbe, pero en realidad en el fondo todo está controlado, atentando contra los fundamentos democráticos más elementales de la convivencia social, pues:

En las sociedades plenamente democráticas, el único límite para el arte es la propia conciencia del artista. En ellas se comprende que la libertad de pensar y crear no solo es compatible con la paz del Estado, sino que el hecho de atentar contra el pensamiento y la creación libres representa un riesgo para la paz del Estado, que puede llevar directamente a su propia destrucción.³⁸⁸

³⁸⁶ Amplia información sobre el tema en Darío Melossi, *El Estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de Estado y Control social en la conformación de la democracia* (México DF: Siglo XXI, 1992).

³⁸⁷ Ver Guillermo Bonfil Batalla, “La teoría del control cultural en el estudio de procesos étnicos”, *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas* IV, No. 12 (1991) (Colima: Universidad de Colima 1991).

³⁸⁸ José Rafael Herrera, “La censura contra el arte”, *El Nacional* (Caracas) página de opinión de la edición del 10 de abril de 2014.

La censura puede ser directa e indirecta, en el primer caso estamos frente a obstáculos, impedimentos, y prohibiciones realizados desde el poder para impedir la creación y expresión de una obra artística.

Sin embargo, y debido a los resguardos para tutelar a la libertad de expresión, es mucho más frecuente la censura indirecta, es decir aquellas medidas sutiles, casi imperceptibles destinadas a cumplir los mismos objetivos que la censura directa, este tipo de censura también es conocida como censura suave, generalmente aplicada por un censor mucho más sofisticado y peligroso, y que es sumamente frecuente en países que se de autoproclaman como democráticos.³⁸⁹

Los mecanismos que generalmente se implementan para ejercer la censura indirecta o suave básicamente pueden ser:

En primer lugar un manejo direccionado de fondos públicos, de este modo los recursos destinados a financiar el arte y la cultura se convierten en un sistema de premio o castigo, según la opinión del poder, y de este modo los creadores deben observar una conducta complaciente, callar ciertas expresiones, y acomodarse al discurso oficial se desea ser beneficiado con algún tipo de financiamiento.

En segundo lugar, la creación de camarillas, de intelectuales, artistas y gente del medio para consolidar privilegios que funcionan solamente entre este grupo cerrado, e inclusive para llegar a controlar instituciones culturales públicas.

En tercer lugar el abuso de facultades regulatorias, en especial en las instituciones públicas de cultura que en medio de estatutos, reglamentaciones, instructivos y otras normativas ejercen un verdadero control sobre la creación y expresión libre del arte.

En cuarto lugar la implementación de límites en el acceso a los medios de comunicación y circuitos de distribución del arte, de este modo el censor permite o no que una creación artística, se muestre o no al público.

³⁸⁹ Recordemos que en muchos países existe a nivel normativo la prohibición de la censura, sin embargo en la práctica el análisis, el examen, el control, en enjuiciamiento, y la hiperregulación son realidades comunes, que se revelan a través de “cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido” como lo establece el Tribunal Constitucional de España en la Sentencia 52/1983, de 17 de junio de 1983 (Nota del autor)

Y en quinto lugar las coacciones extralegales, es decir el conjunto de mecanismos empleados desde el poder para ejercer control, sin necesariamente apoyarse en cuestiones de estricta juridicidad, tales como la compra de conciencias, la represión del disenso, la interferencia en las decisiones para afectar al derecho a participar en la vida cultural, etcétera.

Muchos de estos mecanismos han sido reconocidos inclusive en el Informe sobre el Derecho a la Libertad de Expresión y Creación Artísticas, presentado por la Relatora de Derechos Culturales de Naciones Unidas Farida Shaheed en el año 2013.³⁹⁰

La característica de estas medidas de censura indirecta, es su ropaje de aparente legalidad, sin embargo se trata de cuestiones ilícitas, ya que según la Declaración de principios sobre libertad de expresión del Sistema Interamericano de Derechos humanos:

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.³⁹¹

No olvidemos que: “El objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 ce) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares”.³⁹²

Y entonces encontramos que a más de la censura directa e indirecta existe además también una censura previa del arte, tema que ya produjo un caso interesante en el Ecuador, respecto a la acción de protección interpuesta contra la prohibición de exhibir obras de cierto contenido sexual en el Salón de Julio, evento organizado por el museo del Municipio de Guayaquil.

³⁹⁰ Shaheed, “El derecho a la libertad”.

³⁹¹ Puede leerse en <<http://www.oas.org/ES/CIDH/EXPRESSION/showarticle.asp?artID=26&IID=2>>, consulta: 2 de junio de 2016.

³⁹² Ver Segunda Sala del Tribunal Constitucional de España, Sentencia 34/2010, de 19 de julio de 2010 (BOE núm. 192, de 9 de agosto de 2010).

Esta censura previa, implica una intervención arbitraria en la convivencia social, al punto que: “A través de ella se puede imponer una forma de vida "correcta" a las personas, es decir una forma de hablar, de pensar, de relacionarse con las personas, de apreciar el arte, de mantener el estatus quo, de educar a las y los hijos, de que creencias religiosas practicar, y de las líneas científicas que desarrollar, entre otras.”³⁹³

Los efectos perjudiciales de la censura previa afectan a toda la sociedad, pues conculca derechos esenciales como el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, el derecho a la identidad cultural, el derecho de acceso libre al arte, el derecho a la memoria social, etcétera.

[...] cuando la libertad de expresión de una persona es restringida ilegalmente, no es solo el derecho de esa persona el que se está violando, sino también el derecho de los demás de “recibir” información e ideas. En consecuencia, el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales, que se evidencian por el doble aspecto de la libertad de expresión. Por una parte, requiere que nadie se vea limitado o impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos. En ese sentido, es un derecho que pertenece a cada persona. En su segundo aspecto, por otra parte, implica un derecho colectivo de recibir cualquier información y de tener acceso a los pensamientos expresados por los demás.³⁹⁴

La censura previa, es capaz de criminalizar la creación y expresión artística, a pesar de estar expresamente prohibida por varias constituciones en el mundo, y en el caso ecuatoriano en particular, en el numeral 1 del Art. 18 de la Constitución ecuatoriana que dice:

Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

³⁹³ Juan Carlos Arjona Estévez, “Prohibición de la censura previa: Retos en el siglo XXI”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, coord., *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, 951-91 (México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fundación Konrad Adenauer, 2013), 983.

³⁹⁴ Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, número 5, párrafo 30; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13 y 29.

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.³⁹⁵

La censura previa no solamente es ejercida por Gobiernos, también por autoridades seccionales, instituciones privadas y medios de comunicación públicos y privados, y aunque resulte difícil de creer, constituye una práctica bastante común en el día a día del arte y la creación artística, pues generalmente se trata de confundir artificiosamente el reglamentar con el censurar, para maquillar el carácter arbitrario de ciertas disposiciones claramente censuradoras, y que en materia de defensa de derechos constituye la estadística oculta en los estudios que documentan las violaciones a los derechos de las personas.

La censura previa afecta directamente la circulación de la obra de arte, a través de un ejercicio censurante, legalizando la arbitrariedad en un sentido muy dañino en la esfera de la cultura, más aun cuando la censura se origina en el Estado, que constitucionalmente es la expresión de convivencia social a la que se ha confiado la capacidad de invertir y tutelar la empresa de creación cultural y salvaguarda del patrimonio cultural tangible e intangible de los pueblos; a esto hay que añadir la censura previa económica, la censura previa empresarial, y otras formas similares que se justifican con un sinnúmero de argumentos de diversa índole.

En la esfera de la filosofía del derecho se ha planteado una discusión sobre dos posturas contrapuestas respecto a la censura previa, la censura previa propiamente dicha y la censura de clase o *censura social*: “En el primer caso la censura previa, inspirada en el derecho natural considera que la censura previa es un mecanismo para defender ciertos valores superiores que caracterizan la vida en sociedad y que por supuesto emana de aquella; al respecto, el filósofo Julián Marías se refiere a este tema como emanación defensiva de todo el cuerpo social.”³⁹⁶

La censura de clase, por otro lado considera que concepto del bien general, el argumento de la necesidad de defender la ley, el orden y la moral social son justificaciones

³⁹⁵ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, Quito, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³⁹⁶ Antonio Beneyto, *Censura y política en los escritores españoles* (Barcelona: Ed. Euros, 1975), 66.

antojadizas, que resguardan intereses o privilegios de las clases dominantes y las estructuras sociales, políticas e ideológicas por ellas mantenidas.³⁹⁷

En el presente trabajo, coincidimos con la segunda postura, y no dudamos en afirmar que la censura del arte en una sociedad democrática sin lugar a dudas es un mal absoluto, que es evidente en el acceso a los circuitos de circulación de expresiones culturales en Ecuador, y esta es la razón por la cual el constituyente de Montecristi, incorporó una norma en la Constitución, en el cual se establece que será responsabilidad del Estado: “Asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública, y difusión masiva no condiciones, ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público, a la creación cultural y artística nacional independiente”.³⁹⁸

El Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, sobre el derecho a la libertad de expresión y creación artísticas, en su apartado 57, señala lo siguiente:

Una cuestión importante se refiere a la pregunta de si la censura previa, que se impone antes de la producción o la publicación puede de una obra de arte, como las películas y obras de teatro o de arte público, con el propósito de “proscribir el contenido, prohibir su presentación pública y/o evitar que sus creadores trabajen con miras a su realización”, se ajusta a las normas internacionales de derechos humanos. Como cuestión de principio, se debe dar una respuesta negativa, en consonancia con las recomendaciones del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión, que considera que los órganos de censura previa “no deben existir en ningún país”, y con la opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que estima que los Estados deben “abolir la censura de actividades”.³⁹⁹

Con ello podemos darnos cuenta de que la censura previa puede ejercerse en varios aspectos, inclusive en lo que tiene que ver con el acceso al espacio público, considerando que según lo establecido en el artículo 23 de la Constitución ecuatoriana dicho acceso se considera como un derecho constitucional que permite a los ciudadanos participar en él, como ámbito de deliberación, intercambio cultural, y cohesión social, el cual se complementa con el derecho que tienen los ciudadanos a difundir en el referido

³⁹⁷ *Ibíd.*, 22.

³⁹⁸ Artículo 380 numeral 3 Constitución de la República del Ecuador (Nota del autor).

³⁹⁹ Shaheed, “El derecho a la libertad”, consulta: 2 de junio de 2016.

espacio público sus expresiones culturales, aspecto que ha sido recogido en el proyecto de Ley Orgánica de Culturas que se encuentra en trámite en la Asamblea Nacional.

El enfoque constitucional que se está dando al espacio público en el Ecuador, parecería generar un problema cuando lo relacionamos con en el tema de la censura previa del arte, a partir justamente de las posibilidades de acceso o no al espacio público, dependiendo siempre de la opinión de quien administra dicho espacio y que deviene, finalmente, a constituirse en un censor.

Por tanto creemos que restringir el acceso al espacio públicos con fines de difusión del arte es otra forma de censura a la libertad de expresar la creación artística, puesto que “La formación de públicos para eventos en el espacio público es una tarea en construcción que debe apuntalarse con la democratización del acceso a la infraestructura cultural pública: teatros y museos”.⁴⁰⁰

La política de gestión del espacio público no debe hacerse sacrificando el ejercicio del derecho a la libertad de creación y expresión artística, y por el contrario debe promover el apoyo a la creación, innovación y expresión artística, el derecho de todas las personas al acceso y de la participación en la cultura; y la garantía al pluralismo y a la libertad de pensamiento y expresión.

En este mismo orden de ideas, toma un lugar preponderante el acceso al espacio público como una condición fundamental para la realización del derecho al desarrollo,⁴⁰¹ entendiendo al desarrollo, “no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria”.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Irina Verdesoto, “Gestión del espacio público para la cultura”, *El Telégrafo* (Quito), 12 de agosto de 2013.

⁴⁰¹ La Declaración sobre el derecho al desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas, adoptada el 4 de diciembre de 1986, en su Artículo 1 dice: “1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él” (Nota del autor).

⁴⁰² Ver artículo 3 de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural UNESCO, adoptada el 2 de noviembre de 2001.

En consecuencia, se vulneran los derechos de las personas, si se impide, se obstruye o se pone obstáculos a la expresión del arte que muchas veces se levanta como la voz de los excluidos.

Tampoco hay que olvidar que existen artistas y creadores que día a día enfrentan estoicamente la exclusión, el desprecio y la represión, del Estado, de las industrias culturales, del mercado, del culto a la propiedad privada, el consumismo, el abuso de poder, la indolencia, indiferencia, la arbitrariedad, y la prepotencia.

Entonces de algún modo la lucha por expresar el arte en el espacio público se presenta como un escenario en el cual las personas y los pueblos manifiestan su inconformidad y su pensamiento de manera pacífica con expresiones creativas, y llega a constituirse en una expresión del derecho a la resistencia, pues hacer arte es resistirse “al orden tradicional, a las injusticias, al poder a las imposiciones, a la homogenización, al sistema”⁴⁰³ y aquello, naturalmente molesta al poder, pues constituye una oportunidad idónea para la participación de la colectividad, en una dinámica relación entre espectadores e intérpretes, de modo que esta forma de hacer resistencia constituye un mecanismo altamente efectivo y nada tradicional que es capaz para estimular la autovaloración, la autoestima, la autoconciencia, y por tanto la dimensión que puede alcanzar es bastante importante, ya que por ejemplo, "en algunas situaciones históricas y políticas, uno necesita tal vez pensar que una canción puede influir de alguna manera y transformar la realidad. Creer que eso puede suceder es estimulante, sientes que tienes una razón de ser, aunque al final no pase nada".⁴⁰⁴

Farida Shaheed, en el Informe sobre el Derecho a la Libertad de Expresión y Creación Artísticas, respecto al espacio público evidencia las dificultades que existen sobre este tema, cuando en su apartado 68 dice:

Las personas que participan en actividades creativas enfrentan múltiples dificultades, como, por ejemplo: a) la renuencia de la burocracia a autorizar el uso gratuito de los espacios públicos y la demora en hacerlo; b) la arbitrariedad en la concesión de

⁴⁰³ Ver “El arte como una de las formas de la resistencia”, publicado en *El Comercio* (Quito), <<http://www.elcomercio.com/tendencias/cultura/arte-de-formas-de-resistencia.html>>, consulta: 2 de junio de 2016.

⁴⁰⁴ Esta frase del cantautor filipino Luis Eduardo Aute, fue recogida en el artículo “Aute: una canción no cambia el mundo, pero no está mal pensar que podría”, publicado en *Diario el Tiempo de Cuenca*, en la edición del 30 de mayo de 2009

permisos y la exigencia de obtener autorizaciones múltiples de diversas autoridades; c) la censura de los contenidos antes de conceder la autorización; d) sistemas inadecuados o abusivos de concesión de licencias a los artistas callejeros y a la actuación en vivo; y e) la invasión cada vez mayor del espacio público por la propiedad privada.⁴⁰⁵

El poder trata de impedir la expresión libre de la reacción artística, porque sospecha de una cultura de la transgresión, que de algún modo justifica la confrontación a la que ya nos hemos referido en párrafos anteriores, entre la institucionalidad controladora y la libertad del artista. La libre creación y expresión artística, constituye un elemento crítico, y emancipador, por tanto se debe controlar ya sea degenerando al arte en simple mercancía, o invisibilizando el arte liberador, reflexivo y crítico, con lo cual se pretende de forma descarada que el activismo cultural quede castrado.

Se implanta una cultura oficial, levantada sobre el sometimiento, el clientelismo, la represión solapada, y la vulneración a la libertad de creación y expresión artística, cuestión que se evidencia con el manejo discrecional por ejemplo, de los espacios culturales, del financiamiento de la cultura, y de la gestión de la institucionalidad cultural; de modo que el escenario se vuelve mucho más complejo cuando desde la libertad de creación y expresión artística, se trata de ejercer el derecho de resistencia cultural frente a la cultura impuesta, puesto que:

Si el arte se caracteriza por la composición de la sensación, como antes se ha afirmado, por la acción de afectos y preceptos que no deben ser subsumibles ni legislables desde el orden de la opinión, la comunicación y la información; si da lugar a nuevas maneras de ver, oír y sentir, si distorsiona así la lógica discursiva dominante, su orden de la ilustración, la narración y el sentido, surge una primera presunción de su politicidad por ser un ejercicio de resistencia frente a las dinámicas del control.

En efecto, los estatutos discursivos, los órdenes de asociaciones significantes de las sociedades de control, generan maneras de hacer visible, aprehensible y comprensible la experiencia, dan lugar a órdenes sensibles que suponen modelos de codificación de la sensibilidad del sujeto reduciendo la potencia de la realidad, de la intensidad, de la experiencia y del devenir. Ellos producen subjetividades y modos de vida obedientes al control que sostienen el orden de lo homogéneo, de la repetición, de la semejanza.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Shaheed, “El derecho a la libertad”, consulta: 2 de junio de 2016.

⁴⁰⁶ Di Filippo, “Arte y resistencia política”, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-71812012000100003&lng=es&nrm=iso. <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-71812012000100003>>, consulta: 17 de agosto de 2014.

El arte es fruto de la creación y al manifestarse se vuelve una forma de resistencia, pues escapa a la simple comunicación para oponerse al sistema de control, de hecho la libertad de creación y expresión artística es siempre una pretensión revolucionaria, que expresa la asimetría entre poder y resistencia cultural desde la creación artística, pues define nuevos horizontes emancipatorios reforzando la diferencia.

Se puede plantar frente al poder, ejerciendo la libertad de creación y expresión artística, como una forma de resistir frente a la hegemonía de un sistema, que controla a través de los mecanismos de censura; en consecuencia, si la censura de la creación y expresión artística, constituye la expresión del modelo dominante, entonces el arte como no-poder dentro del sistema trata de reconfigurar la realidad, y la realidad finalmente se muestra como un espectáculo, ya que:

El espectáculo se presenta a la vez como la sociedad misma, como una parte de la sociedad y como instrumento de unificación. En tanto que parte de la sociedad, el espectáculo es expresamente el sector que concentra toda mirada y toda conciencia. Por el hecho mismo de estar separado, este sector es el lugar de la mirada abusada y de la falsa conciencia; la unificación que este sector establece no es otra cosa que un lenguaje oficial de la separación generalizada.⁴⁰⁷

La libertad de creación y expresión artística es censurada de diversas formas porque, el sistema hegemónico está consciente de su dimensión política, en una esfera distinta en una no-realidad, capaz de denunciar la dictadura de los medios, la perversa manipulación de la cultura desde el estado, la moral utilitarista, la mercantilización de la vida, los simulacros de la política, la espectacularización artificiosa de la realidad; y llega a atreverse a mostrar cierto interés por intentar hacer correcciones al pensamiento racionalista insensible, apelando a la libertad, la imaginación, la trasgresión de lo establecido, la posibilidad de imaginar otro mundo.

En esta lógica, nada podría ser más revolucionario que el arte, que convoca fuerzas difícilmente domesticables, y entonces el poder emplea la censura, explicándose este modo la tensión existente entre libertad de creación y expresión artística como una forma de resistencia.

⁴⁰⁷ Debord Guy, *La sociedad del espectáculo*, Ediciones Naufragio, Santiago de Chile, 1995 p. 8.

2.8.1. Censura del mercado

No podemos dejar de referirnos brevemente al tema de la llamada censura del mercado, que somete al arte a los dictados de la rentabilidad, de modo que el trabajo artístico está supeditado al gusto de los consumidores, a las lógicas del mercado, y a las exigencias comerciales; inclusive existe una fuerte crítica por ejemplo a los concursos literarios que finalmente son un farsa, al ser más bien mecanismos para posicionar un autor o una obra, es decir estrategias de marketing nota.

En la cotidianidad, el arte no escapa del proceso de *farandulización*, en cuya lógica la censura el mercado provoca un grave daño a la libertad de creación y expresión artística; al respecto, tal y como lo explica el Informe de la Relatora Especial, Farida Shaheed, en su apartado 75:

Resultan especialmente preocupantes: a) la consolidación de sociedades en todas las ramas de la producción cultural, que a menudo se traduce en un control monopolístico de facto; y b) la constitución de imperios empresariales formados por conglomerados de medios de comunicación, artes y empresas de entretenimiento, y sus consecuencias en las libertades artísticas y el acceso de las personas a las artes. Cadenas enteras de producción de obras de arte, en particular en el ámbito de la música y el cine, son controladas desde la creación hasta la distribución por determinadas empresas. Estas también pueden tener control sobre librerías y salas de conciertos y de cine. Esto puede llevar a situaciones en que, por ejemplo, las canciones de protesta de grupos musicales contra planes de guerra sean retiradas de cientos de emisoras de radio controladas por un conglomerado de medios de comunicación, o cualquier CD catalogado como desaconsejable por la etiqueta de "Recomendación para los Padres" sea censurado por las grandes tiendas minoristas, y los músicos y compañías discográficas se pongan de acuerdo para crear una versión "saneada" de la letra para determinadas megatiendas..⁴⁰⁸

2.8.2. Autocensura

La autocensura constituye un tema distinto al de la censura, por cuanto no se trata de un límite exterior, sino de una forma de auto represión del arte, de las ideas, o de la libre expresión, generalmente por temor a las consecuencias posteriores.

La autocensura, se presenta cuando existe omisión voluntaria de la expresión personal de las ideas, por temor de a sufrir las consecuencias que aquello pudiera generar;

⁴⁰⁸ Shaheed, "El derecho a la libertad", consulta: 4 de junio de 2016.

además puede producirse por miedo a recibir sanciones, o a enfrentar al poder y a la autoridad.

La autocensura consiste en que la persona no manifiesta su verdadera opinión por miedo a las consecuencias o, en términos más generales, consiste en renunciar a la libertad personal por temor a las consecuencias. (...) También podríamos definirlo como el acto de censurar o clasificar nuestro propio trabajo; se puede hacer por miedo, o por deferencia o temor a herir susceptibilidades de otras personas, sin la presión abierta o expresa de cualquier parte específica o institución de autoridad. La autocensura, a menudo, es practicada por productores fílmicos, directores cinematográficos, editores, periodistas, músicos, presentadores de noticias, entre otros. En países con sistemas Autoritarios de gobierno, los creadores de alguna expresión artística, eliminan de su obra material que su gobierno podría encontrar controversial por miedo o temor a ser sancionado por los gobernantes.⁴⁰⁹

Generalmente la autocensura es la forma más idónea de resringir la libertad de creación y expresión artística, pues es muy difícil descubrir las razones o encontrar evidencias de que un artista decidió silenciar o transformar su obra, por temor a represalias.

2.8.2.1 Tipos de autocensura

Existen diferentes tipos de autocensura entre los que podemos señalar:

La auto censura explícita, la misma que se produce cuando el autor de una obra acepta las supresiones o modificaciones señalados por el censor, un ejemplo claro de este tipo de auto censura fue lo ocurrido en Argentina con la dictadura argentina que inició en el año 1976, con el reconocido rockero Charly García, quien modificó un verso de su canción Botas locas que decía: “Si ellos son la patria yo soy extranjero” por “si ellos son la patria yo me juego entero” con el propósito de evadir la represión imperante.

La autocensura consciente, que se refiere a la censura que se impone a sí mismo un autor, cuando este quiere voluntariamente ponerse al servicio de un partido político, una ideología, una institución, una entidad comercial, etc. Un ejemplo claro de esto es el caso de Veit Harlan, director de cine alemán pro nazi que inclusive fue procesado como

⁴⁰⁹ Diccionario on line Lexicoon, en <http://lexicoon.org/es/autocensura>, consulta 1 de agosto 2017.

criminal de guerra, y quien en su defensa argumentó que sus obras de carácter antisemita, las realizó obligado razón por la cual fue absuelto de los cargos en su contra.

La auto censura inconsciente, que tiene que ver con los valores, ideas, concepciones que tiene el autor respecto a la forma de concebir su obra, por ejemplo un pintor musulmán, que por sus creencias religiosas se abstiene de hacer una imagen del profeta Mahoma.

2.8.2.2. *Elementos de la autocensura*

La autocensura por temor a represalias, básicamente posee dos elementos que la caracterizan: un elemento subjetivo, que es el temor a sufrir una represalia, y un elemento objetivo que se materializa en aquella parte de su obra que decidió modificar, suprimir o cambiar; o la obra misma que el creador decidió no hacer pública.

La conjunción de estos dos elementos es lo que permite que la autocensura cumpla su cometido. Al respecto, el informe sobre libertad de creación y expresión artística presentado por la relatora de Derechos Culturales en su apartado 49 manifiesta:

Se han presentado casos de instituciones culturales y artistas que se han abstenido de presentar “obras polémicas” por las fuertes presiones a las que los han sometido las comunidades, incluidas amenazas y actos de violencia, y de “autoridades políticas y administradores de las artes que prácticamente han aceptado el argumento de que es moralmente inadmisibles ofender a otras culturas”. Hay que recordar que, dentro de cualquier identidad colectiva, siempre habrá diferencias y debates sobre significados, definiciones y conceptos. Entender quién habla por determinada cultura o comunidad y velar por que no se conceda a una sola voz primacía sobre otra, sobre todo a causa de prejuicios, constituyen desafíos particulares. El temor de que algunas comunidades puedan protestar no debe ser suficiente para concluir que algunas obras de arte no deben ser expuestas o presentadas, pues a menudo un cierto nivel de controversia y conflicto es inherente al arte contemporáneo.⁴¹⁰

En Ecuador, la autocensura en sus diversas modalidades existe, y nada se hace para garantizar el derecho a la libertad de creación y expresión artística, que lamentablemente se la toma como una cuestión de poca importancia o como un derecho de segunda categoría, imponiéndose esta forma de silenciar las expresiones artísticas más críticas y vanguardistas, “porque la naturaleza del autoritarismo es simplista, desprecia el

⁴¹⁰ Shaheed, “Informe sobre derechos culturales”, consulta: 4 de junio de 2016.

análisis, la crítica, la organización social autónoma o el arte, entre otras formas de cultura global...”⁴¹¹.

2.9. La libertad de creación y expresión artística en el constitucionalismo ecuatoriano

La historia del constitucionalismo ecuatoriano arranca en el año de 1830 cuando se reúne en la ciudad de Riobamba la primera Asamblea, expresión del poder constituyente, cuyo objetivo fundamental fue justamente la creación de una nueva república a raíz de su separación de la Gran Colombia, que toma el nombre de una línea imaginaria de la tierra, que cruza el territorio nacional de este a oeste, desechando por presiones regionalistas, el nombre histórico de Republica de Quito, que debió mantenerse en memoria del mítico reino ancestral.⁴¹²

Para Juan Larrea Holguín, la experiencia colombiana significó para Ecuador una suerte de resultados positivos en el sentido de haber recibido unas leyes republicanas forjadas al calor de la lucha independentista e inspirada en los ideales de la Revolución Francesa.⁴¹³ En el referido texto constitucional no encontramos ninguna norma que se refiera a las libertades culturales, menos aún a la libertad de creación y expresión artística, situación que se mantiene en las Constituciones de 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906.

En la Constitución 1929, artículo 151, numeral 13, se habla de la libertad “de opinión, de palabra, por escrito, por la prensa, por medio de dibujo o de cualquier otra manera” lo que significaría un incipiente reconocimiento al derecho a expresarse por medio del arte, si queremos entender en forma amplia la frase “o de cualquier otra manera”. Esta redacción ambigua más bien fundamentada en la libertad de opinión y expresión general se mantiene en las Constituciones de 1937, 1938, 1945 y 1946.

⁴¹¹ Decio Machado, “Reflexiones sobre la coyuntura política actual en el Ecuador”, *La barra espaciadora*, 28 de mayo de 2014, <<http://labarraespaciadora.com/porta11/2014/05/28/reflexiones-sobre-la-coyuntura-politica-actual-en-el-ecuador/>>, consulta: 9 de agosto de 2014.

⁴¹² La Primera Constitución de lo que hoy es Ecuador, dice: “Art. 1º.- Los Departamentos del Azuay, Guayas y Quito quedan reunidos entre sí formando un solo cuerpo independiente con el nombre de Estado del Ecuador[...]”.

⁴¹³ Juan Larrea Holguín, “La Constitución de 1830 y su influencia en la formación de la nacionalidad”, en Ecuador IAEN, *Homenaje a la República del Ecuador en ocasión del Sesquicentenario de la expedición de su primera Constitución política* (Quito: IAEN, 1980), 17.

Un hecho no debe ser olvidado por su trascendencia y es que “El 9 de agosto de 1944, el presidente de la República del Ecuador, doctor José María Velasco Ibarra, promulgó el Decreto Ejecutivo No. 707, mediante el cual se crea la Casa de la Cultura Ecuatoriana; institución orientada a fortalecer el devenir histórico de la patria y cuyo fundamental propósito busca:

[...]dirigir la cultura con espíritu esencialmente nacional, en todos los aspectos posibles a fin de crear y robustecer el pensamiento científico, económico, jurídico y la sensibilidad artística de la colectividad ecuatoriana”.²¹ Esta institución cultural nace de la “teoría de la nación pequeña” sustentada por el intelectual ecuatoriano Benjamín Carrión, que pretende levantar el Ecuador de la terrible experiencia histórica a consecuencia de la guerra de 1941 que culminó con el Protocolo de Río de Janeiro que significó una mutilación territorial dramática para los ecuatorianos, y una severa derrota militar, es por ello que la idea de un Ecuador aunque militarmente limitado y pequeño también en extensión, podía ser grande en cultura, se la debemos precisamente a Benjamín Carrión, y por ello personalmente considero que los fundamentos de la idea del Estado de Cultura en el Ecuador los encontramos precisamente en esta teoría de la nación pequeña, que “no es más que un llamado a los ecuatorianos para formar una gran patria de cultura.”²²

La Casa de la Cultura Ecuatoriana fue creada oficialmente el 9 de agosto de 1944, durante la presidencia del doctor José María Velasco Ibarra, quien promulgó su creación en el Decreto Ejecutivo No. 707, en el que se describe como propósito fundamental de esta institución el “[...]dirigir la cultura con espíritu esencialmente nacional, en todos los aspectos posibles a fin de crear y robustecer el pensamiento científico, económico, jurídico y la sensibilidad artística de la colectividad ecuatoriana”.

La Constitución de 1967 es la que trae algunas innovaciones importantes para nuestro estudio, como el reconocimiento expreso por el cual el Estado ecuatoriano se compromete a garantizar y promover los derechos humanos en su artículo 23, la garantía del libre acceso a la cultura en el artículo 24, la libre participación en la vida cultural de la comunidad en el artículo 28 numeral 6; la tutela del patrimonio cultural de la nación en su artículo 58; y especialmente el reconocimiento al derecho de los autores nacionales y extranjeros sobre sus creaciones literarias artísticas y científicas, confiando a la ley la

²¹ La cita ha sido tomada del sitio web de la Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión” <http://cce.org.ec/index.php?id=27>, consulta: 6 de julio de 2012.

²² El texto de Fabián Guerrero Obando puede leerse en *Agulha Revista digital de cultura* <<http://www.revista.agulha.nom.br/ag67bienalobando.htm>>. consulta: 6 de julio de 2012.

regulación del ejercicio de este derecho con el fin de conciliar con la función social inherente a la creación cultural, según lo determina el artículo 28, numeral 13.

Lo que significa que es en este texto constitucional en el cual por primera vez en el constitucionalismo ecuatoriano aparecen categorías tales como libre acceso a la cultura, libre participación en la vida cultural, y creación artístico-cultural, patrimonio cultural, evidentemente fruto de la importa que deja en el mundo la Declaración los Derechos Humanos de 1948 y los Pactos de Nueva York o Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966.⁴¹⁴

La Constitución de 1978 mantiene el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, pero además en su artículo 26 señala que el Estado ecuatoriano deberá fomentar la cultura, la creación artística, la investigación científica, y velar por la conservación del patrimonio cultural, y la riqueza artística e histórica. Como podemos constatar la categoría *creación artística*, ya aparece en forma definida en este texto constitucional.

La Constitución de 1998 por su parte, reconoció 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, el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, pero además en los artículos 62 y 63 de la sección séptima se incluyen unos principios que fortalecen la creación artística y de la cultura el general, aunque no existe un expreso reconocimiento de los derechos culturales como ocurre en la Constitución de Montecristi del año 2008.

La Constitución vigente, como se analizó, es la que abre la puerta en el Ecuador al constitucionalismo cultural, y por tanto existe un amplio reconocimiento a los derechos culturales en general y expresamente a la libertad de creación y expresión artística.⁴¹⁵

⁴¹⁴ Al hablar de Pactos de Nueva York o Pactos gemelos, nos referimos a los adoptados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

⁴¹⁵ Constitución ecuatoriana artículo 377.- El sistema nacional de cultura tiene como finalidad fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural. Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales (Nota del autor).

El problema del enfoque ecuatoriano radica en pretender atar los derechos culturales y como no la libertad de creación y expresión artística al funcionamiento del Sistema Nacional de Cultura, pretendiendo desconocer que los derechos culturales van mucho más allá de la simple institucionalidad del Estado y de las políticas públicas para el sector cultura.

Desde el año 2008 hasta el año 2016 la Asamblea Nacional no aprobó la Ley Orgánica de Cultura del Ecuador, y consecuentemente el Sistema Nacional de Cultura queda expresado en la norma constitucional, ha demorado su funcionamiento en la praxis, con lo cual luego de la aprobación de la Constitución vigente, el sector cultural quedó flotando en un limbo jurídico de indefinición a consecuencia de una transición que lamentablemente postergó la realización de los derechos culturales, y evidenció que el constitucionalismo cultural ecuatoriano, inicialmente existiría solo en el papel. A partir de la publicación de la Ley de Orgánica de Cultura en diciembre de 2016, seguramente se diseñará un mecanismo para articular y organizar el Sistema Nacional de Cultura y su concomitante modelo de gestión, existiendo siempre el riesgo de que un excesivo intervencionismo por parte del Estado, finalmente, termine por híperburocratizar y asfixiar al sector cultura.

Las consecuencias de la falta de garantía a la libertad de creación y expresión del artista ecuatoriano, son sumamente graves e impactan en la economía nacional, por ejemplo en la esfera de la música ecuatoriana, según Pablo Salgado Jácome, el 91% de canciones que suenan en las radios nacionales son de procedencia extranjera y apenas el 9% son canciones de autores nacionales, ello significa que la industria musical que deberá generar 221 millones de dólares al año solamente está produciendo 43 millones.⁴¹⁶ Esta es la razón por la cual la Ley de Comunicación dispone que las emisoras de radio que emitan programas musicales deberán rotar el 50% de la música producida, compuesta o ejecutada en Ecuador; el problema es de cumplimiento, pues en la práctica los medios de comunicación son sumamente hábiles para manipular las posibilidades de acceso de los artistas, y finalmente no es el arte sino el mercado el que controla la situación en función de sus intereses.

⁴¹⁶ Pablo Salgado Jácome, “En Ecuador solo música extranjera”, *El Telégrafo*, 23 de enero de 2013, <<http://www.telegrafo.com.ec/opinion/columnistas/item/en-ecuador-solo-musica-extranjera.html>>, consulta: el 17 de enero de 2014.

A partir de su reelección en el año 2013, el presidente Rafael Correa empieza a hablar a nivel de medios de comunicación sobre la necesidad de promover la cultura como un elemento importante en el cambio de la matriz productiva, el planteamiento se empieza a configurar con algunos proyectos oficiales tal es el caso de la creación de la Universidad de las Artes.

En cuanto al tema de las industrias culturales bien podría ser una política adecuada para fomentar, promover y garantizar la libertad de creación y expresión artística y los demás derechos culturales o un pretexto para mercantilizar la cultura, toda vez que según el segundo inciso del artículo 109 de la Ley Orgánica de Cultura se considerarán industrias culturales y creativas a aquellos sectores productivos nacionales que tienen como objetivo la producción, distribución, circulación, intercambio, acceso y consumo de bienes y servicios culturales y creativos encaminados a la generación de valor simbólico y económico, disposición bastante general y escueta.

Según el artículo *La revolución cultural y las industrias culturales correítas en Ecuador*, escrito por Odiseo Runa, las industrias editoriales, audiovisuales, fonográficas y de artes plásticas y visuales, que han generado en Ecuador ingresos de 2.7 millones de dólares al año y 46. 162 puestos de trabajo en el año 2009 son industrias integradas al sistema capitalista pero, absolutamente marginales en relación con el Presupuesto General del Estado que viene superando los 20 mil millones de dólares anuales en los últimos años del gobierno; de modo que el aporte de estas al PIB, no llegarían al 1,7.⁴¹⁷

En los años 40, desde una perspectiva filosófica Max Horkheimer y Theodor W. Adorno escriben el libro *Dialéctica de la Ilustración*⁴¹⁸ en el cual hay un capítulo intitulado *La industria cultural: Ilustración como engaño de masas*, en el cual los autores anuncian con vehemencia que la producción de creatividad, se constituiría en un proceso serializado, estructurado y clasificado, en el que la mayoría de sus actores, que anteriormente se entendían como resistencia, terminarán siendo finalmente controlados

⁴¹⁷ Amplia información en Odiseo Runa, “La ‘revolución cultural’ y las ‘industrias culturales’ correítas”, <<http://cultural.argenpress.info/2013/07/la-revolucion-cultural-y-las-industrias.html>>, consulta: el 23 de enero de 2014.

⁴¹⁸ Theodor Adorno y Max Horkheimer, *Dialéctica de la ilustración: Fragmentos filosóficos* (Madrid: Akal, 2007).

como serviles empleados, de modo que dependencia y servidumbre de las personas será el objetivo final de las industrias culturales.

Pretender desarrollar la creatividad artística, significa apostar por un modelo de inspiración claramente neoliberal, que de algún modo se implementó en el Ecuador a través de mecanismos como los fondos concursables que en la práctica han transformado a los artistas en “gestionadores más ocupados en hacer lobby, en llenar interminables cuestionarios, y adecuar facturas que en dotar de complejidad sus enunciados artísticos. De esta manera se elimina el pensamiento crítico y divergente, se consigue un arte formateado para las postulaciones, edulcorado y homogenizado”.⁴¹⁹

Se espera que la Ley Orgánica de Cultura, y la implementación del subsistema de artes e innovación, las cosas mejoren, considerando que según el artículo 105 de la ley, comprenderá todas aquellas acciones encaminadas a generar condiciones favorables para el desarrollo de la creación artística, la producción y la circulación de bienes y servicios culturales y creativos; eso si consideramos que el riesgo de la mercantilización de la cultura esta latente.

Estimamos que la visión de un desarrollo de la libertad de la creatividad y la expresión del arte en Ecuador y bajo la lógica de una Constitución del buen vivir, no puede tomar como punto de partida las industria culturales en lugar de los derechos culturales; por ello y ante los pronunciamientos oficiales, nos planteamos algunas de interrogantes medulares: ¿Cómo pretendemos desarrollar industrias culturales si hasta este momento no sabemos cómo vamos a garantizar efectivamente los derechos culturales? ¿Será saludable para el buen vivir el convertir al arte ecuatoriano en una mercancía? ¿Cómo vamos a implementar el fomento de las artes sin caer en la centralización estatista ni en la avaricia capitalista? Sin lugar a dudas estas son cuestiones que deben ser ampliamente debatidas de manera urgente.

Va a generarse todo un sentimiento de agobio generalizado respecto al futuro de las creatividad y expresión artística en el país, si por un lado la promesa constitucional en lo que se refiere a libertad de creación y expresión cultural, que encarna el discurso más avanzado de los derechos culturales no se cumple, y si por el contrario se pretende atar la

⁴¹⁹ Tomás Ochoa, “En el arte ¡es el modelo estúpido!” , *El Comercio*, (Quito) sección tendencias, domingo 26 de enero de 2014, 24.

libre creación y expresión del arte a la visión de las industrias culturales, lo cual puede resultar completamente inconveniente, en especial si tenemos presente que las industrias culturales según Adorno y Horkheimer se expresan como la integración de la lógica capitalista en la creación y distribución del arte, y entonces posiblemente el desafío para el régimen ecuatoriano del buen vivir sea plantear otro tipo de industrias culturales o industrias creativas, sin embargo hasta el momento no vemos hacia donde se orienta la visión oficial, y que tipo de coherencia mantiene con el sistema constitucional ecuatoriano garantista de derechos, que además apuesta por un modelo de desarrollo social y solidario, que pretende ser una alternativa al capitalismo.

Resulta útil recordar que existen unos productos considerados arte comercial, que son consecuencia de ciertas prácticas creativas con fines de lucro, empero, por otro lado hay expresiones de la creatividad cuyo objetivo más bien será de expresar ideas, sentimientos, o visiones del mundo y la realidad, o crear cuestiones absolutamente irreales o ficticias, pero sin tener como finalidad el dinero. La discusión es subjetiva, pues mientras Platón expulso metafóricamente de sus República ideal a los artistas, para Nietzsche, al arte es la clave del pensamiento y la filosofía, habrá que ver en los próximos meses o años, cuál es el verdadero rol de la libertad en la creatividad y el arte en el Ecuador del buen vivir.

2.9.1. La Libertad de creación y expresión artística en el Estado ecuatoriano

El artículo 1 de la CRE de 2008, señala que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”.

Cuestión que nos invita a plantearnos si el Ecuador puede considerarse un *Estado de cultura*, concepto, cuyo origen se sitúa en 1806 en la obra del filósofo alemán Johann Gottlieb Fichte,⁴²⁰ quien planteó la idea en un sentido muy amplio, pues para él, Estados de cultura eran los Estados europeos occidentales surgidos en tiempo del cristianismo, sin embargo, el concepto jurídico como tal se iría consolidando con el tiempo. Formalmente el concepto *Estado de cultura* fue recogido por primera vez en Alemania, concretamente

⁴²⁰ Johann Gottlieb Fichte, *Discursos a la nación alemana*, trad. por Luis A. Acosta y María Jesús Varela (Barcelona: Orbis, 1977).

en la Constitución del Estado de Baviera, de 1946, que en su artículo 3 estableció que Baviera es un Estado de derecho, de cultura y social que sirve al bien común; al respecto y según el académico alemán Dieter Nohlen:

Se considera que el Estado cultural moderno se caracteriza por los siguientes elementos: la autonomía de la cultura frente al Estado, la correspondiente neutralidad de este con respecto a aquella, el fomento cultural a través del Estado en el sentido de la protección y cuidado de los bienes culturales (aspecto tradicional) y la realización de actividades culturales y artísticas (aspecto innovador), así como, finalmente, la participación de la población en la cultura. En el Estado cultural de las sociedades industrializadas, por consiguiente, la relación entre la cultura y el Estado toma una forma específica.⁴²¹

En España, la idea del Estado de cultura la encontramos en el pensamiento del filósofo Luis Legaz Lacambra, que lo plantea como un Estado que subrogaría a la Iglesia como educador del pueblo y defensor de la moralidad pública, concepto que ha llegado hasta nuestros días, habiéndose introducido inclusive en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, a través de un voto particular a la sentencia de 13 de febrero de 1981 en la parte que dice: “Con ella el Estado, *en cuanto Estado de Cultura*, trata de garantizar el libre cultivo de la ciencia y su libre transmisión por vía docente en todos los grados e instituciones del sistema educativo”⁴²² (Énfasis añadido).

Un tema que si bien no es materia central de este trabajo, pero que en virtud de su importancia no podemos dejar de mencionarlo, es el aquel que aborda la relación entre el Estado y la cultura, cuyas implicaciones nos serán de gran utilidad al momento de evidenciar su rol frente al ejercicio de la libertad de creación y expresión artística; el, Johann Rudolf Rucker, considera que la historia del hombre es la historia de la cultura, por ello resulta importante señalar que si bien vale la pena contar con un apoyo desde la estructura estatal para generar condiciones adecuadas de desarrollo cultural, sería

⁴²¹ El texto completo puede leerse en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3045/2.pdf>>, consulta: 17 de julio de 2012.

⁴²² Tribunal Constitucional Español, Pleno, Sentencia 5/1981 de 13 Feb. 1981, rec. 189/1980, <<http://biblioteca.parlamento-cantabria.es/dossier/dossier92/JURISPRUDENCIA%20CONSTITUCIONAL/STC%205%201981.pdf>>, consulta: 11 de octubre de 2011.

contraproducente tratar de ejercer un control y una planificación milimétrica sobre el quehacer cultural.⁴²³

La creatividad artística, no puede ser instaurada por decreto, pues al igual que la cultura, se crea a sí misma y surge espontáneamente de las necesidades de los seres humanos en su convivencia social, es dinámica y está siempre en proceso de creación y búsqueda de formas de expresión, de tal forma que si los Estados se extinguen, las culturas y la creatividad artística mutan y siguen existiendo.

El Estado se muestra favorable únicamente a aquellas formas de acción cultural que favorecen la conservación de su poder, al tiempo que desincentiva, reprime y hasta persigue aquellas manifestaciones culturales que puedan considerarse subversivas, tal y como veremos en este mismo estudio al momento de reflexionar sobre el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística en la esfera de la canción de autor; por ello es evidente que la voluntad estatal direcciona el quehacer cultural, según sus intereses, aunque al mismo tiempo y seguramente en función de la dialéctica contradicción entre Estado y cultura, ambos se encuentran en el campo de acción común de la convivencia y colaboración humana, y se ven obligados a encontrar puntos de coincidencia y confrontar al mismo tiempo en cuanto a sus fines y objetivos.

El vigor de las expresiones culturales se manifiesta de forma natural contra la presión de las instituciones sociopolíticas de dominación, evidenciando un conflicto de interés entre las minorías privilegiadas frente a las reivindicaciones de la ciudadanía, surge entonces y de manera paulatina una cierta relación jurídica, cuyo fundamento será la dignidad humana, que se expresa en la lucha por el reconocimiento de ciertos derechos que pongan límites al poder del Estado, y se confirman mediante Constituciones, tratados e instrumentos internacionales y leyes, los márgenes de acción entre poder y la cultura.

Este sucinto panorama al cual nos hemos referido, respecto a la idea de un Estado de cultura de raíz europea, en el cual la cultura dominante, por así decirlo, encarna la cultura oficial del Estado, frente a la cual las otras no cuentan; este tema genera y

⁴²³ Rudolf Rocker, es autor de un libro llamado *Nacionalismo y cultura*, en el cual plantea que la cultura y el poder son esencialmente conceptos antagónicos. Albert Einstein, Gabriel Zaid, Carlos Monsiváis, Thomas Mann, Bertrand Russell y Octavio Paz recomiendan la lectura de este libro por la importancia de sus argumentos. El libro puede leerse en Biblioteca Virtual Antorcha, <http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/nacionalismo/indice.html>, consulta: 16 de julio de 2012.

promueve todo tipo de reflexiones, en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano en cuanto a la conceptualización de la interculturalidad, que hace un fuerte cuestionamiento al Estado monocultural, ya que la interculturalidad “no es simplemente cultural, sino también política y, además, presupone una cultura común. No hay interculturalidad sino hay una cultura común, una cultura compartida”.⁴²⁴

En la hora presente la idea de un Estado de cultura no puede dejar a un lado el tema de la diversidad que es esencialmente cultural, razón por la cual la Asamblea de Montecristi define en el texto constitucional al Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural, como expresión renovadora del nuevo constitucionalismo andino plurinacional, intercultural y poscolonial, que vendría a constituir un paso hacia adelante en la concepción del Estado de cultura hacia el Estado intercultural, lo que significa una transformación innovadora para Ecuador.

Según la Constitución vigente el territorio del Ecuador es una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, e inclusive el poder del Estado, es un ejercicio cultural y no natural, al punto que el Estado constitucional, como lo enseña Häberle se encuentra fundado y limitado por la norma constitucional y en su desempeño se halla al servicio de la libertad cultural.⁴²⁵

El libro, *Cultura, culturas y Constitución*,⁴²⁶ de Jesús Prieto de Pedro, introduce a un concepto más contemporáneo de Constitución cultural, concepto muy útil para la presente reflexión pues siguiendo la línea planteada por este autor, podemos claramente identificar en la Constitución vigente, la existencia de una cultura ecuatoriana plural y diversa, y una perspectiva intercultural de las culturas, que configura la estructura constitucional, superando la idea de la diversidad de “pueblos” presente en su antecesora es decir la Constitución de 1998, que es lo que nos permitiría avanzar al concepto de plurinacionalidad con lo cual la cultura se transforma en la herramienta que permite iniciar un proceso de descolonización, de reivindicación de los pueblos históricamente relegados y de reconfiguración de las relaciones de poder en Ecuador.

⁴²⁴ Boaventura de Sousa Santos, “Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad”, Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009, 37-8.

⁴²⁵ Häberle, *El Estado*, 181.

⁴²⁶ Jesús José Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución* (Madrid: CEC, 2004).

La concepción plurinacional e intercultural del Estado, es la evidencia irrefutable que el fundamento de los ámbitos materiales del constitucionalismo cultural ecuatoriano es un concepto amplio, abierto y complejo de la misma, que abarcaría tanto la cultura de la tradición y la ilustración burguesas, así como la cultura popular y de masas, tanto como las culturas alternativas, y las erróneamente llamadas subculturas y contraculturas, de modo que la convivencia, el intercambio y la dinámica entre la cultura artística pura, la cultura popular, las subculturas, la cultura de consumo, la cultura activa, y las contraculturas, garantizando efectivamente su libertad de creación y expresión artística; serían una auténtica garantía de la diversidad cultural, el pluralismo y la democracia.

Siguiendo la metodología del profesor Prieto, y aplicándola al caso ecuatoriano, la Constitución cultural se estaría expresando en una especie de sistema escalonado, siendo su primer peldaño el pluralismo cultural, en tanto el segundo lo constituiría la cultura nacional entendida como patrimonio común colectivo, y el nivel más avanzado el Estado plurinacional, lo cual deja claramente delimitada la esencia de la cultura constitucional ecuatoriana. En este punto no debemos olvidar el tema de la interculturalidad, pues según el artículo 1 de la CRE de 2008, Ecuador es un Estado intercultural, y como lo han señalado reiteradamente los movimientos indígenas ecuatorianos, la interculturalidad es la posibilidad práctica de construir la plurinacionalidad, y del mismo modo un Estado plurinacional es la única garantía para que la interculturalidad sea una forma de convivencia armónica cuando existen grupos humanos culturalmente diversos, en el seno de un mismo Estado.⁴²⁷

Esta nueva perspectiva de la organización estatal, está vinculada al paradigma del buen vivir, las diversidades y las riquezas culturales ancestrales y actuales, como base de la formación, de la identidad ecuatoriana⁴²⁸ por ello la Constitución:

no es solo un texto jurídico o un conjunto de reglas normativas, sino que también es expresión de un determinado nivel de desarrollo cultural, y de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. En este sentido, toda Constitución es cultura. Esto nos conduce a una paradoja.

⁴²⁷ Amplia información sobre el tema en Turpo Choquehuanca Aureliano, *Estado Pluricultural reto del siglo XXI*, La paz, Publicación del Instituto itinerante de la resiliencia, 2006.

⁴²⁸ Ver *Plan Nacional del Buen Vivir, 2009-2013* (Quito: Secretaría Nacional de Planificación), 44. <http://www.turismo.gob.ec/documentos/plan_nacional_del_buen_vivir.pdf>, consulta: 11 de julio de 2012.

Por un lado, una Constitución “es un objeto o creación de una determinada cultura y puede decirse, justamente, que la “idea de Constitución” es una creación de la cultura occidental o que una determinada Constitución (por ejemplo, la Constitución de los EUA) es la expresión de una determinada cultura (en el caso antes citado, de la cultura anglosajona).⁴²⁹

Si bien el estudio de la interculturalidad no es el tema central del presente trabajo, no podemos dejar de referirnos a este aspecto por las implicaciones que tiene para el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, especialmente para los pueblos, grupos sociales e individuos que han sido marginados de la cultura oficial, y que reclaman plena participación cultural en el seno de sociedad, como un derecho irrenunciable.

Consideramos por tanto, que a partir de la vigencia de la Constitución del año 2008, debería existir una relación mucho más clara entre Estado y cultura, en función de un auténtico modelo de convivencia intercultural, el cual hasta el momento parece estar en proceso de construcción, y sobre el cual la Confederación Nacional de organizaciones campesinas, indígenas y negras, FENOCIN, opina que sería un “esfuerzo colectivo y consciente por desarrollar las potencialidades de personas y grupos que tienen diferencias culturales, sobre una base de respeto y creatividad, más allá de actitudes individuales y colectivas que mantienen el desprecio, el etnocentrismo, la explotación económica y la desigualdad social.⁴³⁰

Se entiende que este modelo de relación intercultural, debió necesariamente expresarse en el proceso de conformación del Sistema Nacional de Cultura, el cual arrancó con la idea de que era necesario organizar la gestión cultural en el país, con el fin de optimizar los recursos del Estado, promover una auténtica rendición de cuentas, y de terminar con los privilegios construidos desde las instituciones culturales que gozaban de autonomía. Sin embargo existen muchas lecturas críticas del proceso que consideran que no se está tomando en serio la interculturalidad y que inclusive existiría en el gobierno la

⁴²⁹ Carlos Ruiz Miguel, “Cuestiones constitucionales, revista mexicana de Derechos Constitucional”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 10 (2004).
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/9/ard/ard8.htm>>, consulta: 11 de julio de 2012.

⁴³⁰ El documento se lo puede descargar en <<http://www.fenocin.org/interculturalidad.html>>, consulta: 15 de julio de 2012.

intención de controlar el quehacer cultural de los ecuatorianos; la visión de la norma infracosntitucional se revela ambigua y genera más dudas que certezas.

En Ecuador, desde los años 40,⁴³¹ hasta nuestros días, se pueden distinguir dos perspectivas que han orientado la acción estatal en la esfera de la cultura, por una parte, aquella que tiene que ver con la idea del funcionario del Estado como mecenas, situación que hasta la fecha no ha desaparecido, y más bien cuyas prácticas están resurgiendo a partir de una errónea lectura de la Constitución ecuatoriana del año 2008 y otra que cobró fuerza en la década de los ochenta y los noventa por la cual la cultura se mercantilizó y el entretenimiento para matar el tiempo se trocó en cultura.

En la práctica ambas visiones operan en forma conjunta y descoordinada, lo cual ha generado que la idea del Ecuador como potencia cultural haya quedado reducida a un simple anhelo; en la práctica, lo que existe en el país es un modelo mixto entre intervencionismo de la institucionalidad y la intrusión de elementos de mercado sin mayor control social.

En septiembre de 2009, el Ministerio de Cultura presentó el proyecto de Ley de Cultura ante la Asamblea Nacional, sumándose a dos adicionales impulsados por la Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión” y la Coordinadora Cultural de Alianza País.

Ecuador vive un lento y largo proceso de transición, iniciado a partir de la aprobación de la Constitución en el año 2008, que culmina con la aprobación de la Ley de Cultura en diciembre del año 2016, tiempo en el cual se mantuvo a intelectuales, creadores, artistas y gestores culturales en un estado de incertidumbre, pues, como ya se apuntó, fue errático el diseño de la política pública en cuanto al ejercicio pleno de la libertad de creación y expresión artística, seguramente por el hecho que “la libertad ilusoria del ciudadano es la contrapartida de la comunidad ilusoria del Estado”.⁴³²

⁴³¹ Hablamos de los años 40, pues la Casa de la Cultura Ecuatoriana, se crea en el año 1944, inspirada en una idea de Benjamín Carrión, fundamental para la nación ecuatoriana: “Si no podemos ser una potencia militar y económica, podemos ser, en cambio, una potencia cultural nutrida de nuestras más ricas tradiciones”.

⁴³² Holloway, *Cambiar el mundo*, 76.

En la Constitución ecuatoriana, no solamente se puede encontrar una perspectiva filosófica intercultural, que inclusive la lleva a declarar al Estado mismo como tal, sino que además esta reforzada por una perspectiva polilógica, que sugiere que:

Las preguntas filosóficas, preguntas referentes a las estructuras fundamentales de la realidad, a la cognoscibilidad, a la validez de normas y valores, deben ser discutidas de modo que ninguna solución sea difundida antes que sea realizado un polólogo entre tantas tradiciones como sea posible. Esto presupone la relatividad cultural de los conceptos y métodos, e implica una idea no-centrista de la historia del pensamiento humano. Para comenzar podemos formular una regla negativa: nunca acepta una tesis filosófica como bien fundamentada si ha sido producida por personas de una sola tradición cultural.⁴³³

Sin embargo el problema se encuentra en la praxis, toda vez que la distancia entre los postulados constitucionales y la realidad es abismal; lamentablemente los derechos, los mundos utópico, las sociedades perfectas, y los grandes ideales son el ingrediente utópico propio de la existencia humana, constituyen la voz de quienes no tienen voz, el clamor ante la injusticia, la rebeldía de artistas e intelectuales, la expresión del imaginario social, el anhelo de un futuro mejor. Por esa razón, la defensa de la libertad de creación y expresión artística debe levantarse como un discurso de defensa de nuestros sueños en contra de las verdades oficiales, de las imposiciones arbitrarias, del lenocinio gubernamental, de la fragilidad de los derechos, de las prohibiciones ridículas, de la disnea de las libertades, de los afanes totalitarios, de la negligencia institucional, y de los intentos de enervar, pervertir, y desvirtuar la promesa constitucional, que poco a poco deja de ser utópica para volverse distópica.

2.9.2. La libertad de creación y expresión artística en la legislación nacional

Los derechos en un Estado Constitucional, tomando el término de Alexy, irradian a todo el sistema jurídico, y condicionan al orden normativo subconstitucional, de modo que los cuerpos legales inferiores comiencen a garantizar efectivamente los derechos reconocidos en la Constitución.

⁴³³ Martin Wimmer Franz, "Filosofía Intercultural ¿Nueva disciplina o nueva orientación de la filosofía?" San José, en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica* XXXIII (80), 1996, p. 19.

Con este antecedente, analizaremos brevemente el papel de la libertad de expresión en algunas normas infraconstitucionales que nos ayudan a configurar como opera esta libertad cultural en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.9.2.1 La Legislación cultural ecuatoriana

En Ecuador si ha existido la preocupación por regular el sector cultura a través de cuerpos normativos diversos, desde la Ley Nacional de la Cultura, codificada 26 de septiembre de 1974, la posterior Ley de Cultura publicada en el Registro Oficial No. 805, del viernes 10 de agosto de 1984, cuerpos normativos que no hacen absolutamente ninguna referencia a los derechos culturales, y que nada dicen sobre libertad de creación y expresión artística.

Estos cuerpos normativos que rigieron el quehacer cultural en el país hasta el año 2016, fueron deficientes y tuvieron una orientación burocrática deplorable.

El 10 de noviembre de 2016, la Asamblea Nacional aprobó esta tarde la Ley de Cultura con 82 votos y 18 abstenciones, el cual fue sometido con anterioridad a un proceso de sociabilización, al cual la Asamblea calificó de consulta prelegislativa, durante el año en 2012.

La Ley Orgánica de Cultura define las competencias, atribuciones y obligaciones del Estado, los fundamentos de la política cultural pública, se hace eco de los derechos culturales ya consagrados en la Constitución, hace referencia a algunas cuestiones sobre interculturalidad, integra la institucionalidad cultural en el Sistema Nacional de Cultura, reconoce el derecho a la seguridad social para los trabajadores del arte y la cultura, garantiza la libertad de creación, propone impulsar el libro a través del fomento de actividades de lectura y escritura, así como la oralidad y la narrativa, reconoce también los derechos laborales de los trabajadores de la cultura, pretende apoyar al cine nacional, etcétera.

La Ley determina como órgano rector del sector cultural al Ministerio de Cultura y Patrimonio, para que opere como encargado de implementar las políticas públicas nacionales. En cuanto a la Casa de la Cultura se contempla su autonomía administrativa y financiera responsable, siempre bajo la supervisión del Ministerio de Cultura y los órganos de control.

Del mismo modo se crea el fondo de fomento a las artes que se encargará de asignar recursos con el carácter de no reembolsable, además de establecer líneas de crédito por parte de la banca pública para los actores y gestores culturales, que no tenían la posibilidad de acceder a los mismos, que sustituirá al cuestionado modelo de fondos concursables, para lo cual habrá que ver como se implementa el nuevo modelo en la práctica, debiendo inclusive realizarse ciertas reformas al Código Monetario y Financiero,⁴³⁴ con el fin que la banca pública efectivamente pueda financiar proyectos culturales.

En cuanto al presupuesto para cuestiones artísticas y culturales, este se La normativa planteada se va a sostener fundamentalmente con los recursos que administraba el Fondo Nacional de Cultura, Foncultura, y con recursos que establece la ley para la innovación que deberá constar en el Presupuesto General de Estado.⁴³⁵

En resumen, las cuestiones primordiales que aborda la Ley organica de cultura tiene que ver con: Patrimonio y memoria social, fomento a las artes, industrias culturales, derechos laborales y seguridad social para los actores del sector cultural, y reconocimiento a la cultura viva comunitaria.

2.9.2.2.La libertad de creación y expresión artística en la Ley orgánica de cultura del Ecuador

El proyecto de Ley de cultura, una cuerpo normativo que según la disposición transitoria primera de la Constitución debía aprobarse en un plazo máximo de trescientos sesenta días, contados desde la entrada en vigencia de la Constitución, sin embargo la Asamblea Nacional Constituyente, recién aprobó la Ley de cultura en noviembre de 2016, es decir ocho años después de la vigencia de la Constitución.

Esta actitud de menosprecio a la cultura ha sido una constante del poder en Ecuador, que la subestima y le trata como un asunto ameno propio de las festividades o

⁴³⁴ El Código Monetario y financiero fue publicado en el *RO* No. 332, del 12 de septiembre de 2014 (Nota del autor).

⁴³⁵ “El Presupuesto General del Estado es la estimación de los recursos financieros que tiene el Ecuador; es decir, aquí están los ingresos (venta de petróleo, recaudación de impuestos, etc.), pero también están los gastos (de servicio, producción y funcionamiento estatal para educación, salud, vivienda, agricultura, seguridad, transporte, electricidad, etc de acuerdo a las necesidades identificadas en los sectores y a la planificación de programas de desarrollo)”, ver sitio web del Ministerio de Finanzas del Ecuador <<http://www.finanzas.gob.ec/el-presupuesto-general-del-estado/>>, consulta: 3 de enero de 2017.

un medio para acompañar las campañas proselitistas, con lo cual evidentemente se ha negado a integrar a la cultura al proceso de construcción del buen vivir, olvidando que “la cultura es el fundamento necesario para un desarrollo auténtico”.⁴³⁶

Los cabildeos legislativos se dieron a distancia de la realidad cultural del país, y desde sombríos escritorios los tecnócratas de la planificación, pretendiendo solucionar en el papel los grandes problemas que intelectuales, creadores y artistas nacionales históricamente vienen sufriendo, y olvidando que la complejidad cultural no puede resolverse simplemente desde la lógica gubernamental, como si se trataría de una operación aritmética que va a arrojar resultados exactos.

Una Ley de Cultura para estos tiempos no debe hacerse para resolver los problemas de salud de los artistas solamente o que alrededor de ellos se fijen las políticas públicas. Mucho menos para sostener y congelar para la eternidad instituciones, cargos y personajes bajo el mismo espíritu del conservacionismo corporativo. Y tampoco para que las autoridades rectoras del sector sean las magnánimas lumbreras que lo designan todo y definen cuánto dinero se coloca en cada una de las áreas y sectores.⁴³⁷

A la que se ha referido el gobierno de turno se ha caracterizado por ser una propuesta bastante ambigua, de la cual tenemos como cuestiones concretas la creación del Ministerio de Cultura, la creación de la Universidad de las Artes, y la aprobación de la Ley Orgánica de Cultura.

El Ministerio de Cultura del Ecuador, ha elaborado un documento llamado Plan Nacional de Cultura 2007-2017 impulsado por el primer Ministro de Cultura, el poeta Antonio Preciado, que en la práctica no ha tenido mayor impacto, y más bien esta secretaría de Estado, se dedicó a organizar procesos de fondos concursables para expresiones artísticas y concretar determinados auspicios que fueron fuertemente cuestionados desde ciertos sectores del quehacer intelectual y artístico por su falta de transparencia, pues de hecho y aunque la Constitución ecuatoriana del buen vivir, hay apostado en su texto por incorporar el discurso progresista de los derechos culturales las

⁴³⁶ UNESCO, Declaración de México sobre políticas culturales, 1982 apartado 41, documento disponible, <http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf>, consulta: 20 de febrero de 2014.

⁴³⁷ Orlando Pérez, “Ecuador: Si no contamos con una Ley de Cultura”, <<http://www.nodal.am/2016/02/ecuador-si-no-contamos-con-una-ley-de-cultura-por-orlando-perez/>>, consulta: 6 de junio de 2016.

desigualdades, las preferencias, y los privilegios en favor de los artistas del sector oficial y contrastan con el mínimo apoyo y la casi invisibilización de los artistas independientes.⁴³⁸

La muestra más clara de esta afirmación está en la propia dinámica de los fondos concursables, inagotable fuente de inequidades, pues se favoreció abiertamente a los creadores y artistas de las ciudades más grandes como es Quito, Guayaquil y Cuenca relegando a los actores y gestores culturales de las demás provincias del país, generando una situación abiertamente discriminatoria.

vemos también que la plata de los fondos concursables no lo ha sido todo, pero al mismo tiempo es por esa plata que se matan algunos. Ya hemos visto que como nunca se han hecho películas gracias al apoyo estatal, pero la calidad y la profundidad no ha sido en la misma proporción, con las consabidas excepciones. En cambio, sí vemos a unas autoras que sin apoyo alguno producen obras, ensayos, novelas, cuentos, poemas y trabajos de investigación intelectual con una profundidad y creatividad nunca antes vistas en Ecuador.⁴³⁹

Posiblemente esta es la razón por la que en la Ley Orgánica de cultura, nada se dice respecto a estos fondos concursables, aunque tampoco hace referencia alguna a una política de verdadera descentralización cultural; y mientras “autoridades, asambleístas, gestores y otros iluminados vanidosos y egoístas sigan mirándose con el recelo propio de quien ahoga sus egos en una gota de agua, las obras y las creaciones brotarán sin fondos concursables ni palanqueos de panas acolitadores”.⁴⁴⁰

Se torna un ejercicio falaz la burocratización con la que hasta el momento se ha venido trabajando, el llenado de formularios, el secreto en las comisiones encargadas de calificar los proyectos, y los sesgos con que se adjudican los recursos, pues resulta prácticamente imposible pretender valorar bajo los mismos parámetros toda la heterogeneidad cultural existente en un país culturalmente diverso como es Ecuador.

⁴³⁸ Información sobre el tema puede encontrarse en la página web del Ministerio de Cultura del Ecuador, <http://www.culturaypatrimonio.gob.ec/>.

⁴³⁹ Orlando Pérez, “Ecuador: Si no contamos con una Ley de Cultura”, <http://www.nodal.am/2016/02/ecuador-si-no-contamos-con-una-ley-de-cultura-por-orlando-perez/>, consulta: 6 de junio de 2016.

⁴⁴⁰ *Ibíd.*

De este modo, en un país en el que no existen industrias culturales sólidas, quien logra obtener un apoyo del Estado, puede decir que ejerció su derecho a la creación y expresión artística, frente a los cientos de intelectuales, artistas, y creadores, marginados del acceso al financiamiento, quienes difícilmente van a poder ejercer plenamente sus derechos y libertades culturales.

En cuanto a políticas culturales, lo deseable sería que estas tengan como punto de partida las realidades culturales particulares, al menos de cada provincia, pues resulta imposible pretender moldear la cultura nacional desde la lógica de los tecnócratas de turno; y creo que en esta parte entra de lleno el tema del Estado intercultural, que nunca va a poder construirse desde la lógica de la centralidad del poder, puesto que si la interculturalidad constituye un proceso dialógico de convivencia entre personas, comunidades y pueblos, un Estado intercultural no puede admitir que el manejo del financiamiento de la cultura favorezca a una persona, grupo, región, comunidad o pueblo sobre otra, porque simplemente estamos desvirtuando el tipo de Estado, y posibilitando situaciones de abierta exclusión en contra de unos y favoritismo en beneficio de otros, lo cual finalmente hará muy difícil la coexistencia entre ecuatorianos culturalmente diversos, no olvidemos que en algún momento: “el Ministerio premió proyectos de acuerdo a la densidad poblacional de todas las provincias del país, de modo que las más pobladas, como Guayas y Pichincha, concentraron la mayor cantidad de eventos culturales”.⁴⁴¹

Como ya se apuntó lamentablemente seguimos con la mirada puesta únicamente en la difusión de las expresiones culturales más comerciales o de élite y en preservar el patrimonio cultural más evidente, sin embargo poco se hace por las culturas tradicionales, las culturas emergentes, las expresiones artísticas no complacientes que desafían los gustos del público, la memoria oral, las prácticas ancestrales, la condición de los creadores, participación de intelectuales, artistas y creadores en el diseño e implementación de las políticas culturales, la democratización del acceso al financiamiento cultural, la descentralización de la cultura, el necesario debate sobre el rol de las industrias audiovisuales en un régimen de desarrollo social y solidario, el efectivo

⁴⁴¹ “El Instituto de Fomento a las Artes, la Creación y la Creatividad administraría el presupuesto del sector”. <<http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/cultura/7/fomentoestatal>>, consulta: 6 de junio de 2016.

goce de los derechos culturales y su real justiciabilidad, el financiamiento de la cultura y su peso en el presupuesto general del Estado; temas trascendentales que deben ser ampliamente debatidos e incorporados a partir de la vigencia de la Ley orgánica de cultura, siempre a partir del principio pro dignidad humana, pro cultura y el principio constitucional de la solidaridad.

Con estas ideas en mente podemos ensayar una sucinta visión de la libertad de creación y expresión artística en la lógica de la nueva Ley Orgánica de Cultura del Ecuador.⁴⁴²

En el considerando 8 de la Ley de la materia se dice:

Que, todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, siendo que todas las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a la libertad estética, a conocer la memoria histórica de sus culturas y acceder a su patrimonio cultural, a difundir sus propias expresiones culturales, a tener acceso a expresiones culturales diversas, y desarrollar su capacidad creativa y al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas.⁴⁴³

Con lo cual se hace ostensible el reconocimiento que los derechos culturales en atención a los principios de inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igualdad jerárquica, tiene exactamente el mismo peso y la misma importancia que otros por cuanto la dignidad humana es integral; y que el ejercicio de los mismos se materializa a partir de la construcción y mantenimiento de la identidad cultural, libertad estética, libertad creativa y de expresión artística, entendiendo aquello como un proceso dinámico. De modo que podemos observar como desde los considerandos la libertad de creación y expresión artística aparece como una de las ideas fundantes de esta normativa, razón por la cual en el artículo 2 de la Ley se dirá que esta es aplicable a todas las actividades vinculadas al acceso, fomento, producción, circulación y promoción de la creatividad, las artes, la innovación, la memoria social y el patrimonio cultural, quedando esta norma bastante abierta pues no expresa si su objetivo es el de proteger o de controlar, cuestión

⁴⁴² Asamblea Nacional, Ley Orgánica de Cultura, Quito, publicada en el RO No. 913 del viernes 30 de diciembre de 2016.

⁴⁴³ *Ibíd.*

que es fundamental para entender el criterio teleológico con el cual fue diseñado este cuerpo normativo.

En el artículo 4 de la Ley de Cultura, concretamente en el inciso 6, se hace relación entre la soberanía cultural y la “producción cultural y creativa nacional, la memoria social y el patrimonio cultural, frente a la amenaza que significa la circulación excluyente de contenidos culturales hegemónicos”⁴⁴⁴ lo cual es importante puesto que por primera vez en el país se topa este tema que es sumamente importante, ya que tiene que ver con la capacidad de un pueblo de generar su propia cultura; sin embargo hay que cuidar mucho el manejo de este concepto, porque para ciertos gobiernos la soberanía cultural significa cultura oficial dirigida desde las instituciones del Estado, el amiguismo, las prebendas y la exclusión, y eso es un error puesto que la soberanía cultural solo puede consolidarse fundamentalmente desde la defensa de la libertad de los creadores.

En el artículo 5 del cuerpo normativo que estamos analizando, el cual hace un listado de derechos culturales, se refiere a la libertad de creación artística de esta manera:

“**e) Libertad de creación.** Las personas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades, colectivos y organizaciones artísticas y culturales tienen derecho a gozar de independencia y autonomía para ejercer los derechos culturales, crear, poner en circulación sus creaciones artísticas y manifestaciones culturales”.⁴⁴⁵

En primer lugar podemos señalar que si bien de inicio se refiere solo a la libertad de creación a diferencia de la redacción constitucional que claramente en el Artículo 378 inciso 3, se refiere a la libertad de creación y expresión; sin embargo cuando se habla de poner en circulación sus manifestaciones artísticas y culturales, se está refiriendo tácitamente a la libertad de expresión artística. Además este precepto nos da la razón en cuanto a que los titulares de la libertad de creación y expresión artística, son las personas, comunidades, comunas, pueblos, nacionalidades, colectivos y organizaciones artísticas y culturales.

En cuanto a la garantía de los libertad de creación y expresión artística, el artículo 6 de la Ley, señala que las entidades que conforman el Sistema Nacional de Cultura serán las encargadas de implementar las acciones de orden técnico, administrativo, financiero

⁴⁴⁴ Ibíd.

⁴⁴⁵ Ibíd.

y legal para cumplir este propósito, sin lugar a dudas se trata de una disposición legal dudosa e incierta puesto que si muchas veces las propias instituciones oficiales son las que vulneran los derechos de artistas, creadores y gestores culturales, entonces estas agencias oficiales serían juez y parte, la impunidad quedaría establecida por ley y los afectados una vez más quedarían desprotegidos.

El apartado relacionado a los fines del El Régimen Integral de Educación y Formación en Artes, Cultura y Patrimonio, se refiere a la creatividad y el fortalecimiento de las destrezas y expresiones artísticas para el ejercicio de los derechos culturales, el fortalecimiento y de las industrias culturales y creativas, manteniendo una redacción remota e insegura.

La norma infraconstitucional contempla además el Subsistema de artes e innovación, coordinado y articulado por aquellas instituciones culturales que reciben fondos públicos y los colectivos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, entidades, actores y gestores de la cultura que participan en actividades relacionadas a la formación, circulación y fomento de creación e innovación en las artes y la cultura que se vinculen voluntariamente a este Subsistema, siendo su principal atribución el proteger y promover la libre creación, la diversidad y la innovación en el desarrollo de las prácticas artísticas, culturales y creativas, según lo determinan los artículos 102 y 103 de la Ley de la materia.

El artículo 107 de la ley trae una disposición bastante desafortunada, cuando define los procesos de creación, en los siguientes términos:

Artículo 107.- De los procesos de creación. Para los efectos de la presente Ley, se consideran procesos de creación artística y producción cultural y creativa de obras, bienes y servicios artísticos y culturales, los siguientes: investigación, creación, producción, circulación, clasificación, distribución, promoción, acceso, u otros a partir de su generación, o reconocimiento por parte del ente rector de la Cultura y el Patrimonio, sin que exista necesariamente causalidad o interdependencia entre ellos.

En primer lugar la norma confunde lo que es crear con investigar, dar servicio, distribuir, promover, y acceder, cuestiones que son absolutamente distintas, es completamente absurdo pretender describir en un artículo como se hace a creación artística, por tratarse de un fenómeno subjetivo como el amor o las experiencias religiosas,

Luis Gerardo Chávez Godínez, sugiere que el proceso creativo tiene cinco fases:

Contemplación y análisis de la realidad externa y de la propia experiencia de vida.

Gestación de la idea creativa y visualización de modelos, estructuras o esqueletos tentativos de la obra.

Diseño y elaboración del fundamento de la manifestación (bocetos, planos, borradores, partituras, guiones, coreografías, entre otros).

Realización concreta de la manifestación que será expuesta al público (lo que puede incluir acopio de recursos materiales y humanos, ejercicios previos, afinación, edición o terminado de la obra).

Gestión de los mecanismos necesarios para la exposición y la comercialización.⁴⁴⁶

Y como vemos y a pesar de tratarse de la opinión de un autor, las cuestiones que se discuten sobre el proceso creativo casi en nada tiene que ver con los embarrullados despropósitos del precepto que estamos analizando. Sin embargo lo pero no esta en la equivocada redacción de la norma jurídica, sino que sostiene que tales procesos serán reconocidos como tales a partir del *reconocimiento por parte del ente rector de la Cultura*, lo que revela que lo que el verdad se pretende es controlar, someter y condicional la creación artística al criterio oficial del ente rector de la cultura, de modo que para la ley vigente, solo aquellos procesos de creación reconocidos por el ministerio de Cultura son válidos y seguramente objeto de protección y todos los demás, serán menospreciados, marginados y seguramente no tendrán apoyo y peor aún ´protección de ninguna naturaleza; por consiguiente y a través de esa abyecta maniobra el propio cuerpo legal denominado Ley orgánica de cultura se convierte en el verdugo de la libre creación y expresión artística.

En el diseño burocrático que plantea la Ley de la materia, se crea el Instituto de Fomento de las artes innovación y creatividad, con personería jurídica propia y competencia nacional, adscrita al ente rector de la Cultura y el Patrimonio, con capacidad de gestión financiera y administrativa, que seguramente será la agencia oficial que se encargará de la gestión y el control del libertad de creación y expresión artística, lo cual

⁴⁴⁶ Luis Gerardo Chávez Godínez; “Las cinco etapas del proceso creativo”, en *Temáticas y técnicas. Guía de apreciación del arte* (Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2008).

es sumamente riesgoso, por las consideraciones que hemos anotado en párrafos anteriores.

En conclusión, la Ley Orgánica de Cultura, si bien reconoce la libertad de creación y expresión artística, asimismo contempla disposiciones ambiguas u otras completamente atentatorias contra esta libertad cultural, y una postura absolutamente estatista, centralista, burocrática, concentradora, y controladora de la creación artística y su libre expresión.

2.9.2.3. Ley Orgánica de Comunicación

La Ley Orgánica de Comunicación del Ecuador,⁴⁴⁷ se plantea como objetivo la universalización del derecho a la comunicación, una democratización del acceso a los medios y a las tecnologías de la información y comunicación y el ejercicio de una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, sin embargo la aprobación de una ley de comunicación ha sido recibida desde algunos sectores con cierto temor, puesto que la normativa “aprobada por la Asamblea Nacional en junio de 2013 contiene disposiciones imprecisas que posibilitan procesos penales arbitrarios y actos de censura”,⁴⁴⁸ además del hecho que la Ley de Comunicación vigente hace énfasis en considerar la comunicación como un derecho y como un bien público tal y como lo determina el artículo 71 de la materia, y la comunicación social que se realiza a través de los medios de comunicación un servicio lo que ha dado lugar a muchas interpretaciones antojadizas que han permitido que el Estado fortalezca la concepción de la comunicación como bien y servicio público, y la impongan debilitando el ejercicio de la comunicación como un derecho de las personas

La Ley de Comunicación, plantea además cuestiones muy interesantes como el derecho marco a la información, haciendo referencia a unos derechos de libertad, derechos de igualdad e interculturalidad, y derechos de los comunicadores.

Existen dos visiones contrapuestas que han marcado el proceso de aprobación de este cuerpo normativo, y que mantienen posiciones de crítica o conformidad con aquella, una ha sido la planteada desde el Gobierno presidido por el economista Rafael Correa en cuyo mandato se aprobó este texto normativo, que sostiene que los medios son un poder

⁴⁴⁷ Asamblea Nacional, Ley Orgánica de comunicación, Quito, RO No. 22 del martes 25 de junio de 2013.

⁴⁴⁸ Amplia información en el informe anual de Human Rights Watch (HRW) <<http://www.hrw.org/world-report/2014/country-chapters/122004>>, consulta: 11 de febrero de 2014.

factico, que sin ningún tipo de legitimidad democrática, que históricamente han impuesto a todo el país agendas capitalistas, mientras otros sectores consideran que lo que se ha aprobado es una ley mordaza.

Respecto a la libertad de expresión, si bien el artículo 17 de la Ley, señala que todas las personas tienen derecho a expresarse y opinar libremente de cualquier forma y por cualquier medio, no se puntualiza de manera explícita el tema de la libertad de expresión en forma artística, como sí encontramos en la Convención Americana de derechos humanos, y en el propio texto constitucional, en la que encontramos claramente definida la separación entre libertad de expresión en general, y la libertad de expresión en forma artística fruto de la creación también artística.

Cuando, la Ley de Comunicación se refiere a contenidos comunicacionales en su artículo 3 manifiesta que se entenderá por contenido todo tipo de información u opinión que se produzca, reciba, difunda e intercambie a través de los medios de comunicación social, entonces surge una pregunta ¿Si una expresión de contenido artístico se presenta o se difunde a través de un medio de comunicación cualquiera, entonces se convierte en información general? Personalmente considero que el simple hecho de su comunicación masiva no despoja de su carácter artístico a una obra de esta naturaleza.⁴⁴⁹

Sin embargo en la aplicación de la Ley orgánica de comunicación, si una obra de arte aparece en un medio de comunicación estaría sujeta al ámbito de la Ley de Comunicación y los Organismos públicos de control; y entonces el trabajo de creación y expresión artística podría caer bajo la supervisión por ejemplo de la SUPERCOM como ya ocurrió en el caso Bonil, y las particularidades del arte quedarían sujetas a la aplicación de los parámetros propios de la libertad de expresión en general, lo cual como hemos analizado es equivocado, poco recomendable, y además sería una forma de desvirtuar el

⁴⁴⁹ Resulta oportuno señalar la polémica que se ha dado en Ecuador en el mes de mayo del 2017, luego de que la SUPERCOM exhortara a las emisoras de radio a proteger los derechos de la niñez, ante melodías con contenidos sexuales explícitos o de odio, especialmente en canciones con ritmos reguetón y música urbana; varios medios de comunicación expresaron su desacuerdo al considerar que ello afectaría a la libertad de expresión, ante lo cual el Superintendente Carlos Ochoa, manifestó públicamente que la SUPERCOM no censura ritmos, regula contenidos, y si existe vocabulario sexualmente explícito o que incita al odio, es susceptible de un proceso; lo que evidencia la necesidad de abrir un debate nacional para diferenciar claramente el contenido artístico del contenido comunicacional general (nota del autor).

tratamiento especial que la Constitución del buen vivir, aparentemente aspira dar a los derechos y libertades culturales.

Un avance que podría ayudar al fomento de la creación artística encontramos en lo que tiene relación con el fomento a la producción nacional y producción nacional independiente en especial en cuanto al cine nacional, pues el artículo 102 del referido cuerpo normativo, señala que los medios de televisión abierta y los sistemas de audio y video por suscripción que tengan dentro de su grilla de programación uno o más canales cuya señal se emite desde el territorio ecuatoriano, adquirirán anualmente los derechos y exhibirán al menos dos largometrajes de producción nacional independiente”, lamentablemente la producción ecuatoriana no ha mejorado en sus contenidos y lo que tenemos en la programación nacional es una proliferación de programas tales como concursos televisivos, espacios de farándula, crónica roja, es decir se ha apostado por el género televisivo conocido como tele realidad.

En cuanto a difusión de contenidos musicales, según el artículo 103 de la Ley Orgánica de Comunicación en las estaciones de radiodifusión sonora que emitan programas musicales, “la música producida, compuesta o ejecutada en Ecuador deberá representar al menos el 50% de los contenidos musicales emitidos en todos sus horarios, con el pago de los derechos de autor conforme se establece en la ley”.

Empero:

La realidad previa a la vigencia de la nueva ley, es que las radios, al ser la plataforma que aún domina en el consumo de música por encima de la web, son quienes de alguna manera condicionan sobre la música que se produce en Ecuador, y que por lo general está basada en modelos extranjeros poco acordes con nuestra realidad socio cultural.

Esto se traduce económicamente a que solo el 27,63% de las recaudaciones por Derechos de Autor se quede en el país, mientras que el 72,28% restante se distribuye entre los titulares de las obras más usadas por las radios, es decir, entre las empresas transnacionales de la cultura y el entretenimiento.⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ “La producción nacional tiene mayor espacio en los medios locales desde 2013”, puede leerse en <<http://www.elciudadano.gob.ec/la-produccion-nacional-tiene-mayor-espacio-en-los-medios-locales-desde-2013/>>, consulta: 6 de junio de 2016.

Lo que evidencia claramente que la simple vigencia de un cuerpo normativo, por sí mismo no genera las transformaciones sociales esperadas.

Las normas antes señaladas, evidentemente se refieren al ejercicio de derechos culturales, en la esfera de los pueblos, del cine y de la música de producción nacional, y claro se trata de temas sensibles, por los contenidos que el cine y la música pueden transmitir; y además por la gran difusión que en algunos casos y dependiendo de las audiencias puedan desarrollar. En el caso de la Ley de Comunicación, las normas son específicamente aplicables a canales de televisión y estaciones radiales, sin embargo la norma puede verse como insuficiente cuando en otros circuitos de distribución de las expresiones artísticas hay problemas de difusión, acceso o censura.

Un caso reciente que demuestra lo anteriormente señalado fue el ocurrido con el documental *La muerte de Jaime Roldós* dirigido por Manolo Sarmiento y Lisandra Rivera, el cual fue censurado por la cadena de cines “Supercines” por supuestas referencias polémicas al ex presidente León Febres Cordero.⁴⁵¹

Al respecto, un primer elemento que merece ser analizado es si un documental es un género artístico o un género periodístico, cuestión bastante difícil, pues, si bien atendiendo a los contenidos, podríamos decir que se trata de un producto que da un testimonio de un hecho real, y por tanto, cercano al quehacer periodístico audiovisual, por el otro lado no podemos desconocer que se expresa mediante el lenguaje cinematográfico, que es eminentemente artístico, y aún más, la libertad creativa de los documentalistas ha llegado tan lejos que hoy inclusive se habla del *mockumentary*, o sea falsos documentales que finalmente son expresiones creativas de ficción.

Un documental que narra e investiga sobre la muerte de un presidente del Ecuador, no es una obra de ficción, sino más bien tiene que ver con la memoria histórica y el derecho a la verdad;⁴⁵² sin embargo, en este caso no se aplicó la Ley de Comunicación.

⁴⁵¹ Mayor información sobre este documental puede leerse en Lizardo Herra, “La muerte de Jaime Roldós: entre el autoritarismo y la máquina de terror”, *Plan V*, <<http://www.planv.com.ec/ideas/ideas/la-muerte-jaime-roldos-entre-el-autoritarismo-y-la-maquina-terror>>, consulta: 6 de junio de 2016.

⁴⁵² Caso 10.580, Informe No. 10/95, Ecuador, Manuel Bolaños, 12 de septiembre de 1995. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, abordó el tema del derecho a la verdad por primera vez en 1995, con motivo del caso de la desaparición de Manuel Bolaños, en Ecuador; otros casos en los que se desarrolla este derecho encontramos en Caso 10.258, Informe No. 1/97, Ecuador, Manuel García Franco, 12 de marzo de 1997; Caso 10.606, Informe No. 11/98, Samuel de la Cruz Gómez, Guatemala,

En México ocurrió el caso del documental *Presunto culpable* cinta ganadora de un premio EMMY en el año 2011, que narra la lucha de José Antonio Zúñiga contra el sistema penal mexicano, sobre el cual el 2 de marzo de 2011, y a dos semanas de su estreno, la juez décimo segunda de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, Blanca Lobo Domínguez, dispuso la suspensión provisional de su exhibición, distribución y promoción, luego de la presentación de un recurso de amparo por parte de uno de los testigos que participaron en el juicio, quien alegó la no autorización del uso de su imagen, razón por la cual el documental fue retirado de las salas de cine el 7 de marzo de 2011. La Dirección General de Radio, Televisión y Cinematografía (RTC) interpuso un recurso de queja ante el Tribunal Colegiado de Circuito por la disposición de la juez de distrito Lobo Domínguez, y el 9 de marzo de 2011 el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito decidió revocar la suspensión provisional de la exhibición del documental *Presunto culpable*, y finalmente se pudo proyectar el documental en todo el país.⁴⁵³

A diferencia de lo anteriormente señalado, en Ecuador, en el caso del documental *La muerte de Jaime Roldós*, en el cual se observa una evidente censura por parte de una cadena privada de cines, una vez más no se discutió el tema de la libertad de creación y expresión artística, sino que Guillaume Long, en aquella época Ministro coordinador de Conocimiento y Talento Humano, simplemente envió una solicitud a la Superintendencia de control del poder del mercado, para que investigue si Supercines S.A. había incurrido en una conducta arbitraria, en atención a los artículos 37, 38 y 48 de la Ley de la materia.⁴⁵⁴

Finalmente, este caso se fue diluyendo en una simple petición de explicaciones, sin que se registre un verdadero precedente en favor de los derechos culturales, y del respeto de la Constitución que en su Art. 380. No. 3. dispone que “Es obligación del Estado asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva

7 de abril de 1998; Caso 11.275, Informe No. 140/99, Guatemala, Francisco Guarcas Cipriano, 21 de diciembre de 1999; Casos 10.588 (Isabela Velásquez y Francisco Velásquez), 10.608 (Ronald Homero Nota y otros), 10.796 (Eleodoro Polanco Arévalo), 10.856 (Adolfo René y Luis Pacheco del Cid) y 10.921 (Nicolás Matoj y otros), Informe No. 40/00, Guatemala, 13 de abril de 2000.

⁴⁵³ Juicio de amparo 171/2011 tramitado en el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito de México DF.

⁴⁵⁴ Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado, RO No. 555 de octubre 13 de 2011 (nota del autor).

no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación cultural y artística nacional independiente.” Puesto que “En la nueva ley de Comunicación existe un vacío legal respecto a que sanciones merecería la cadena Supercines, así como un mecanismo de determine de forma clara el espacio que deben dar los cine a la producción nacional”.⁴⁵⁵

El Consejo Nacional de Cine (CNCINE) la Defensoría del Pueblo, y el propio Ministerio de Cultura del Ecuador, han tenido en este caso una actuación extremadamente cautelosa, utilizando como excusa la inexistencia de una Ley de Cultura que les permita actuar, sin embargo de dejó a un lado al principio de aplicación directa tanto de las normas constitucionales, como de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, que habrían permitido que estos organismos, actúen y tutelen efectivamente los derechos culturales conculcados.

En Ecuador, aunque la parte dogmática de la Constitución es muy avanzada, en la práctica poco se hace por tutelar efectivamente la libertad de creación y expresión artística, y dependiendo de la relación política se actúa de una u otra manera,

Es una realidad manifiesta que en la conciencia jurídica nacional, la idea de defender una libertad cultural aún no echa raíces y la garantía de los derechos culturales, como derechos constitucionales plenamente justiciables todavía es muy lejana; por esa razón inclusive los profesionales del derecho que intervienen en los pocos casos que se conocen, tampoco construyen sus discursos sobre la idea de la defensa de una libertad de crear y expresar arte y los casos finalmente terminan desnaturalizándose.

El 20 de junio del año 2011, se intentó plantear un caso de censura previa ante la justicia constitucional, cuando los artistas Andrés Crespo, Xavier Flores, Jorge Baquerizo, Rafael Balda y Ernesto Yturralde, presentaron una acción de protección en contra del Municipio de Guayaquil, organizador del Salón de Julio, pues en las bases para la participación se establece que la temática y técnica es libre, sin embargo, “no se aceptarán propuestas que presenten lenguaje y/o gráficos sexualmente explícitos”⁴⁵⁶; ante

⁴⁵⁵ La censura política a “La muerte de Jaime Roldós” y la necesidad de una Ley de Cultura que complemente a la Ley de Comunicación, puede leerse en <https://tripamishqui.com/2013/08/11/la-censura-politica-a-la-muerte-de-jaime-roldos-y-la-necesidad-de-una-ley-de-cultura-que-complemente-a-la-ley-de-comunicacion/>, consulta: 6 de junio de 2016.

⁴⁵⁶ Bases de participación del certamen nacional de pintura salón de julio Fundación de Guayaquil quincuagésima segunda edición (Nota del autor).

esta acción el juez décimo de lo civil del Guayas Abogado Sócrates Moreno, simplemente decidió que corresponde a la Corte Constitucional el conocer y resolver las acciones públicas contra actos normativos, y teniendo esta naturaleza las bases del Salón de Julio, argumentó no ser competente para resolver la causa, decisión con la cual una vez más la libertad de creación y expresión artística no fue examinada y peor aún tutelada en otro caso que la afectaba directamente.

2.9.2.4. *La libertad de creación y expresión artística y el régimen legal de derechos de autor*

En Ecuador, los temas de derechos de autor están regulados por la Ley de Propiedad intelectual, vigente desde el año 1998, la cual fundamentalmente crea un régimen de protección de los derechos morales, patrimoniales y conexos de los autores de creaciones intelectuales. Este cuerpo normativo tiene un carácter netamente economicista y no hace ninguna referencia al tema de la libertad de creación y expresión artística, aunque para los partidarios de este tipo de leyes el hecho de amparar los intereses materiales de los creadores, constituye una garantía práctica la quehacer creativo nacional.

Además se ha aplicado también el régimen común andino aprobado el 17 de diciembre de 1993 por medio de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el cual reconoce la protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras de ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.

La norma comunitaria andina, ha querido que la tutela alcance a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de y a los organismos de radio o televisión que transmite programas al público, sin embargo en materia de libertad de creación y expresión artística sigue siendo endeble, y su orientación esta alineada a los principios del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y la Convención Universal sobre Derecho de Autor de la UNESCO.

A partir de la vigencia de la Constitución de Montecristi del año 2008, se ha planteado la necesidad de debatir el tema de la propiedad intelectual, fruto de lo cual la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, ha preparado un

proyecto de ley Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación,⁴⁵⁷ y al cual se lo conoce como el *Código Ingenios*, el cual si bien se refiere en general a la creatividad e innovación, aborda cuestiones relacionadas con investigación, derechos intelectuales y derechos de propiedad intelectual desde la lógica de la creación del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales, y no hace ninguna aportación al ejercicio de la libertad de creación y expresión artística; únicamente al referirse a los derechos de autor, en el Artículo 102 manifiesta que los derechos de autor nacen y se protegen por el solo hecho de la creación de la obra, y por lo demás la normativa desarrolla cuestiones propias del régimen ya señalado.

2.9.3. La Libertad de creación y expresión artística y responsabilidad del Estado ecuatoriano

Si decimos, que la libertad de creación y expresión artística es una libertad cultural, que es parte de los derechos de libertad o libertades públicas, entonces resulta oportuno, reflexionar con mayor detenimiento sobre su naturaleza, considerando que la Constitución es el resultado del ejercicio del poder constituyente, y de las relaciones de poder expresadas en un momento determinado⁴⁵⁸ cuyo contenido tiene que ver con: el conjunto de principios, instituciones y normas, que determinan la organización del Estado Ecuatoriano, en segundo lugar el programa económico, social, cultural y político que debe realizar el Estado, y la lista de derechos y garantías constitucionales.⁴⁵⁹

En el caso ecuatoriano, no solamente existe una emergencia de garantizar los derechos y libertades culturales de los sectores históricamente oprimidos sino posibilitar el ejercicio real de estos derechos todos y cada uno de los ciudadanos y ciudadanas, para la realización del buen vivir, en el sentido que:

La nueva Constitución propone edificar una sociedad republicana que amplíe la libertad negativa hacia la construcción de una libertad positiva, considerada como no dominación y potenciación de las capacidades de los individuos. Para ejercer tal principio, es necesario: tener los recursos materiales suficientes, contar con ciudadanos con

⁴⁵⁷ Asamblea Nacional, Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación, Quito, *RO* No. 899 del 9 de diciembre de 2016.

⁴⁵⁸ Esta idea está presente y ampliamente desarrollada en el libro de Fernandín Lasalle, *¿Qué es una Constitución?*, 2a. ed. (Barcelona: Ariel, 1976).

⁴⁵⁹ Sobre el contenido de la Constitución, destacamos la amplia explicación que encontramos en Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudio de derecho constitucional*, 2a. ed. (Quito: UASB-E / CEN, 2006), 132-133.

responsabilidad republicana, que construyan autónomamente sus preferencias, e institucionalizar espacios de participación y deliberación, donde se ventilen argumentos y cada ciudadano defienda sus posturas.⁴⁶⁰

Si tomamos en cuenta los criterios de la señora Farida Shaheed, los encargados de tomar decisiones, en materia de libertad de creación y expresión artística, incluidos los jueces, quienes podrían tener cierta potestad para imponer limitaciones a las libertades artísticas, deberían considerar la naturaleza de la de la creación artística, y no pronunciar decisiones en función del afecto o desafecto que provoque el autor o su obra en juzgador, o funcionario, pues los artistas por la naturaleza de su trabajo, tienen derecho a disentir, y contraponerse al discurso de los poderes dominantes, expresando sus propias ideas, creencias y visión del mundo; sin olvidar que el uso de lo imaginario y de la ficción debe ser entendido y respetado como elemento esencial de la libertad indispensable para la actividad creativa.

El Estado ecuatoriano debe cumplir su obligación de proteger a los artistas y a todas las personas que participan en actividades artísticas o de difusión de las expresiones y creaciones artísticas de la violencia ejercida por terceros, y garantizar adecuadamente y por todos los medios los derechos culturales y las libertades artísticas, caso contrario sin lugar a dudas se estaría vulnerando derechos de las personas.

Del mismo modo, el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, implica que el sujeto pasivo de la obligación de tutelar los derechos haga algo o se abstenga de hacer algo., de modo que las obligaciones de los Estados se pueden explicar de varias maneras, en términos generales se pueden dividir en obligaciones negativas que implican que el Estado debe abstenerse de intervenir, y el obligaciones positivas que sí exigen su intervención.

En consecuencia a partir del establecimiento de la libertad de creación y expresión artística como un derecho de libertad, el Estado ecuatoriano tendrá la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para el pleno ejercicio de dicha libertad cultural, lo cual no solamente puede quedar en medidas legislativas, sino también en otras tales como

⁴⁶⁰ René Ramírez Gallegos, “Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano”, en SENPLADES, *Los nuevos retos de américa latina: Socialismo o sumak kawsay* (Quito: SENPLADES, 2010), 65.

administrativas, económicas, educativas y sociales, además de recursos judiciales pertinentes, eficientes, eficaces y efectivos.

Dentro de la soberanía estatal y del margen de apreciación nacional del Estado, el Ecuador tiene la posibilidad de establecer las mejores estrategias, disposiciones y medidas para que se alcancen los objetivos relacionados con la libertad de creación y expresión artística en función a su contenido central, que expresado en los instrumentos internacionales de derecho humanos y recogido en la Constitución es un mínimo que los Estados deben garantizar, pero que al mismo tiempo están obligados a maximizar adoptando las medidas adecuadas.

En la esfera de derechos económicos, sociales y culturales, se contempla la obligación de los Estado de lograr progresivamente con el cumplimiento de los mismos, en función de la disponibilidad de recursos económicos y financieros, criterio que en reiteradas ocasiones se aplica para temas de derechos y libertades culturales; sin embargo hay que insistir que dicha obligación supone que el Ecuador siendo un Estado constitucional de derechos y justicia, debe iniciar sin demora un proceso sostenido de medidas que permitan llegar a su consecución total lo antes posible, no utilizar la excusa del lograr progresivo para evadir sus responsabilidades.

No hay que olvidar, la tipología tripartita de las obligaciones de los Estados construida desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la cual es plenamente aplicable en el caso nacional, y que implica que hay tres tipos de obligaciones para el Estado ecuatoriano:

En primer lugar la obligación de respetar, que consiste en que los Estados deben abstenerse de realizar cualquier tipo de acciones que violen la libertad de creación y expresión artística.

En segundo lugar la obligación de proteger, por la cual el Estado debe adoptar las medidas necesarias para evitar que otras personas o grupos vulneren el derecho a la libertad de creación y expresión artística.

Y en tercer lugar la obligación de cumplir, que significa que el Estado debe adoptar medidas para garantizar a todas las personas, las oportunidades para ejercer plenamente el crear arte y expresarlo libremente.

Esta última obligación suele dividirse en la obligación de facilitar el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, sin poner trabas, obstáculos, o impedimentos, por tratarse de una *libertad*; y la obligación de proporcionar, todos los medios, recursos, asistencia y mecanismos de fomento para el pleno ejercicio de la libertad de crear arte y expresarlo libremente.

Al tratarse de una libertad cultural, se impone la necesidad de que es Estado ecuatoriano, cumpla con el deber negativo de respetar y abstenerse de actuar, cuestión que de ninguna manera puede tener consecuencias financieras.

A más de las señaladas anteriormente, el Estado ecuatoriano tiene las siguientes obligaciones frente a la libertad de creación y expresión artística, en atención a lo preceptuado en el propio texto constitucional, como son la garantía de protección de la creación y expresión artística como fundamento del patrimonio cultural del país, la no discriminación a los intelectuales, creadores y artistas, la garantía a la directa e inmediata aplicación del derecho a la libertad de creación y expresión artística como cualquier otro derecho constitucional, el derecho a que no se exijan condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley de la materia, para su pleno ejercicio, el derecho a la plena justiciabilidad de la libertad de creación y expresión artística, la garantía de interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia e interpretación *pro artis* y *pro cultura*,⁴⁶¹ la interpretación *pro dignidad* del creador artístico, la garantía de desarrollo progresivo que implique mejores condiciones para el disfrute de la libertad artística, y concomitantemente la no adopción de medidas carácter regresivo que disminuyan, menoscaben o anulen injustificadamente el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística; y la garantía que siendo el más alto deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, también lo sea para la libertad de creación y expresión artística, incluyendo el desempeño del órgano que ejerce la rectoría en la esfera cultural.

Finalmente debemos señalar que debates sobre el tema, realizados especialmente en la Universidad de Friburgo, coinciden en que los derechos culturales son inseparables

⁴⁶¹ El principio *pro cultura* está contemplado en el artículo 4 inciso final de la Ley Orgánica de Cultura del Ecuador, que dice: “En caso de duda en la aplicación de la presente Ley, se deberá interpretar en el sentido que más favorezca el ejercicio pleno de los derechos culturales y la libertad creativa de actores, gestores, pueblos y nacionalidades; y de la ciudadanía en general” (nota del autor).

de la concepción de otros derechos de la persona, y que su formulación no queda restringida a estos de manera aislada, sino que comporta casi un cambio de contexto en la lectura de todos los demás derechos, así pues la libertad cultural o libertades culturales, no solamente se expresan en el ámbito de los derechos llamados por la doctrina derechos personalísimos, sino que además hacen parte de las libertades colectivas, dimensiones se nutren y funcionan en forma dialéctica pues, la libertades culturales colectivas han devenido en condición esencial para la realización de las libertades culturales individuales; aspecto importante para el Ecuador, que ha asumido un compromiso internacional con la suscripción y ratificación de la la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales⁴⁶² y ha reconocido expresamente en la Constitución vigente a la libertad de creación y expresión artística, al respecto,

durante la reciente Cumbre de Copenhague sobre la libertad de expresión artística, los representantes de más de 1.400 organizaciones y redes internacionales adoptaron la resolución siguiente: Existe la necesidad urgente de lanzar una iniciativa internacional destinada a proteger y promover la libertad de expresión artística y creativa. Esta iniciativa servirá para intercambiar información, vigilar y analizar los casos de censura de las artes en el mundo, dar a conocer la situación de los artistas víctimas de acoso y censura y hacer a los gobiernos responsables de sus obligaciones en virtud de las Convenciones internacionales pertinentes y de las leyes nacionales.⁴⁶³

Esto sin lugar a dudas abre la posibilidad de delimitar con absoluta claridad, las situaciones de vulnerabilidad, los nudos problemáticos y as medidas a adoptarse, respecto a la libertad de creación y expresión artística en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

De este modo hemos estudiado las distintas dimensiones interconectadas de la libertad de creación y expresión artística, una libertad cultural compleja y dinámica, cuyo reconocimiento en el texto constitucional ecuatoriano, revela no solamente la intolerancia del poder y la vulnerabilidad de los creadores, sino la incompreensión de la sociedad, a una expresión de la dignidad humana atípica pero que a partir de su inclusión en el texto

⁴⁶² El 8 de noviembre de 2006, Ecuador depositó ante el Director General su instrumento de adhesión a la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

⁴⁶³ Ver sitio web de la ONG canadiense “Coalición para la diversidad cultural”, <<http://www.cdc-ccd.org/?lang=es>>, consulta: 24 de julio de 2012.

constitucional demanda de un conjunto de condiciones para su plena garantía, eso sin dejar de señalar las obligaciones que debe cumplir el Estado ecuatoriano.

Además el reconocimiento de la libertad de creación y expresión artística en la lógica del constitucionalismo cultural, plantea un nuevo episteme mucho más allá del formalismo jurídico imperante, que demanda entender los procesos sociojurídicos como totalidades de la realidad que se desarrollan a través de la convivencia humana en su temporalidad, en su materialidad, y en su diversidad a través de una sucesión de eventos que desbordan los determinantes esenciales de una situación concreta.

El apartado que estamos concluyendo nos permite entender las insuficiencias teóricas que existen en materia de libertades artísticas, cuya consecuencia inmediata es su invisibilización, desprecio, y falta de justiciabilidad.

El académico, el jurista, el administrador de justicia en el Ecuador, no ha podido apartarse de su percepción causal determinista del mundo, y la idea del funcionamiento de un sistema de derechos constitucionales en el cual empiezan a surgir componentes vanguardistas, emancipadores y libertarios, desconciertan al pensamiento jurídico tradicional; y entonces una tozuda actitud de enclaustramiento normativo que rechaza la relación entre los elementos componentes del sistema, sus funciones, su sinergia y su entropía, hace que ciertos derechos y libertades sean vulnerados, a nombre de un supuesto rigor jurídico, que no es tal sino una absoluta miopía epistemológica, que termina por revelar las falencias del Derecho.

CAPÍTULO TERCERO

La libertad de creación y expresión artística en el ámbito de la canción de autor ecuatoriana

En el presente apartado, estudiaremos la libertad de creación y expresión artística en una cuestión absolutamente específica como es la canción de autor, una manifestación artística atípica que aparece como reivindicatoria, literaria, concienical, confrontativa, y emancipatoria, aspectos que le dan un contenido político que la hace proclive a sufrir embestidas, hostigamientos, indiferencia y menosprecio del poder; vulnerando la libertad de crear y expresar artísticamente de sus cultores.

Revelaremos el carácter libertario⁴⁶⁴ de la canción de autor desde una perspectiva jurídica distinta, y su relación con el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, y finalmente abordaremos los principales problemas teóricos y cuestiones prácticas concomitantes.

De esta modo, trataremos de personalizar y dinamizar el objeto de estudio con el fin de explicar, rasgos, cualidades, movimientos, transformaciones, así como las múltiples interacciones; a fin de interpretar dicho evento desde la totalidad de su configuración, manifestada en el conjunto de relaciones que se subjetivizan, para luego significar en un estado superior, la sucesión de movimientos que nos permitirán alcanzar niveles superiores de interpretación.

⁴⁶⁴ En principio, los términos libertario y anarquista constituyen las dos facetas, positiva y negativa, de un mismo asunto, por un lado, la afirmación que todo debe proceder de la libertad humana y del interés por promoverla, y por otro lado, el rechazo más absoluto a toda forma de dominación o de autoridad. Según Simon Luck, los términos anarquista y libertario con frecuencia fueron cada vez más utilizados para designar realidades parcialmente distintas, ya que el vocablo anarquista era reservado a los partidarios de la abolición del Estado y las jerarquías de mando, mientras que el adjetivo libertario era aplicado al conjunto de experiencias militantes alternativas y anti-autoritarias. Resulta oportuno señalar que esta distinción es más bien semántica antes que ideológica y práctica, ya que ambas posturas parecen enfocarse de forma similar en los valores esenciales, tales como la libertad, igualdad, la autonomía, la promoción de las expresiones personales, el carácter antiautoritario y la radicalización de la participación frente a la imposición y la dominación (nota del autor).

3.1. El carácter libertario de la canción de autor

La libertad de creación y expresión artística es consustancial a todas las expresiones del arte, sean estas visuales, escénicas, musicales, literarias, etc., por lo que resultaría muy pretencioso el querer estudiar la libertad de creación y expresión artística en cada una de ellas.

Metodológicamente, para percibir los hechos con amplitud y apertura e interpretar una realidad compleja, hemos decidido apostar por una actitud sintagmática que propicie la convergencia y el conocimiento que nos permita acceder a una comprensión holística sobre el tema estudiado, para ello se hará una reducción del *holos* para de allí centrar el análisis en una cuestión particular, siempre dentro de la perspectiva epistemológica que se ha venido manejando a lo largo de este trabajo.⁴⁶⁵

En consecuencia y entendiendo que “No solo la parte está en el todo, sino que el todo está en el interior de la parte que está en el interior del todo”⁴⁶⁶ decidimos tomar un evento particular y examinarlo, para evitar la hipercomplejidad, que terminaría desnaturalizando la investigación.

En el presente apartado se estudiará la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana, expresión cultural caracterizada por la composición de sus textos, que abordan temáticas sociales, políticas, personales y filosóficas, la misma que sobrevive en escenarios muchas veces adversos y muchas veces es asediada por la intolerancia y la invisibilización del sistema.

La canción de autor, es de naturaleza libertaria, pues es contestaria, pero sobre todo es una expresión de arte:

⁴⁶⁵ “La metodología holista propone de acuerdo con Hurtado que, cada evento refleja y contiene a la vez las dimensiones de la totalidad que lo comprende. Cada modo u holotipo de investigación comprende de un modo trascendente, estadios investigativos anteriores (acción integradora) y posibles desarrollos futuros (acción proyectiva), desplegando de esta forma el modelo de Ciclo Holístico como circuito global, continuo, concatenado e integrado, que ofrece soporte metodológico y epistémico al investigador”. Ver Libardo Londoño Ciro y Jairo Marín Tabares, “Metodología de la investigación holística. Una propuesta integradora desde las sociedades fragmentadas”, *Uni-pluri/versidad* 2, No. 3 (2002) (Medellín: Universidad de San Buenaventura): 22 (nota del autor).

⁴⁶⁶ J. V. Rubio, “Principios, o características de la complejidad”, 9 de enero de 2003, <www.antroposmoderno.com/word/principios.doc>, consulta: 20 de junio de 2016.

Antiautoritario, condena al “gran hombre” y su papel histórico. Pero también al “gran artista”, al “artista único”, al “creador genial”. Proclama la muerte de la obra maestra, la abolición del museo y de la sala de conciertos. Milita a favor de un arte “en situación”, espontáneo, función del momento y del lugar (Proudhon). Lo que importa es el acto creador, más que la obra, en sí. Transponiendo del dominio de la acción social a la esfera del arte el concepto de acción directa, invita al artista a comprometerse. Es significativo que quiera destruir todo lo que separa el arte de la vida.⁴⁶⁷

La canción de autor en medio de la voracidad del mercado y el autoritarismo estatal, sobrevive y resiste como una expresión artística distinta pues:

Se es cantautor porque se canta lo que se compone, por vocación, por el goce mismo de expresar un sentimiento, una emoción, una idea a través de esa forma musical que es la canción; luego por convicción, por oficio, por la necesidad de comunicar un mensaje ya sea reflexivo o festivo en un diálogo franco y abierto con su tiempo, con la vida, con la tradición y sus posibles rupturas, y del cual nace la naturaleza del compromiso elegido.⁴⁶⁸

La canción de autor tiene sus peculiaridades y debe ser individualizada según su propia naturaleza, sin caer en el error de confundirla con otras manifestaciones que siendo cercanas, no son equivalentes:

La canción de autor tuvo contacto con la canción protesta, pero, se diferencia de ella en el hecho de que se proyectó desde el principio en lo sociopolítico, con un sentido de reafirmación y no de ruptura (Casaus Nogueras 2006, 9). Sus letras varían en estilo y temática; no obstante, y usualmente representan una meditación sobre la cotidianidad y la experiencia. Con frecuencia, el repertorio de este género hace referencia al amor, la exclusión, la fraternidad, la injusticia, la marginalidad, la paz, la solidaridad y la violencia.

Esta forma de canción supone la interpretación unipersonal de las obras acompañadas mayormente con guitarra, lo que otorga a quien la cultiva un estatuto específico (Rimbot 2006, 28); por esa vía, la canción de autor entronca con la literatura testimonial, en la medida en que ambas se fundamentan en un testigo que se mueve a contar algo, por la urgencia de una situación o el afán de desvelar el mundo que le rodea y que presumiblemente conoce.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ André Rezsler, *La estética anarquista* (México DF: FCE, 1974), 10.

⁴⁶⁸ Amplia información en Julio Fowler, “A propósito de Mala Vista Anti Social Club: Algunos desacuerdos” *Revista Encuentro de la Cultura Cubana*, No. 33 (2004): 258.

⁴⁶⁹ Ángel Carrión Tavárez, “La canción de autor como instrumento comunicacional en un contexto educativo intercultural y multilingüe” (tesis doctoral, Universidad de León, 2015), 39-40.

No se trata entonces de una expresión panfletaria, ni de una forma de arte funcional al poder institucional o del mercado; por el contrario, la canción de autor es profundamente libertaria en su dimensión política, social y estética, llegando inclusive a rescatar la oralidad de la poesía, que dentro de los estándares más conservadores está reservada para los autores de culto, como expresión del monopolio del poder sobre la cultura. Al respecto Eduardo Galeano, manifiesta:

Yo me pregunto, en tren de citar ejemplos, si la obra de Chico Buarque de Hollanda carece de valor literario porque está escrita para ser cantada. ¿La popularidad es un delito de lesa literatura? El hecho de que los poemas de Chico Buarque, quizás el mejor poeta joven del Brasil, anden de boca en boca, tarareados por las calles, ¿disminuye su mérito y rebaja su categoría? ¿La poesía solo vale la pena cuando se edita, aunque sea en tirajes de mil ejemplares? La mejor poesía uruguaya del siglo pasado –los “cielitos”, de Bartolomé Hidalgo– nació para que la acompañaran las guitarras, y sigue viva en el repertorio de los trovadores populares. Me consta que Mario Benedetti no cree que sus poemas para ser cantados son menos “literarios” que sus poemas para ser leídos. Los poemas de Juan Gelman, que no imitan al tango porque lo contienen, no pierden nada de su belleza cuando en tango se convierten. Lo mismo ocurre con Nicolás Guillén. ¿Acaso el “son”, su fórmula poética más característica, no proviene de la música popular afrocubana?⁴⁷⁰

Lo mismo podríamos decir de la música ecuatoriana, especialmente del pasillo que es una forma musicalizada mediante la cual los ecuatorianos recitan poesía, siendo este justamente el origen de los actuales poetas de la canción popular ecuatoriana, resultado del sincretismo cultural, propio de la diversidad del país de la mitad del mundo.

La canción de autor es vanguardista, revolucionaria, emancipadora, dinámica e inclasificable, y la experiencia ecuatoriana muy peculiar, pues posiblemente el carácter libertario de la canción de autor nacional, ha mantenido intacta la raíz de este quehacer artístico que viene desde la trova anarquista de Leo Ferré, Paco Ibáñez, Woodrow Gutrie y Georges Brassens, a diferencia de otros procesos en los que cantautores, trovadores y bardos, finalmente, sucumbieron al poder y degeneraron su propuesta hasta volverla simplemente panfletaria; o en el peor de los casos y bajo las exigencias del mercado sacrificaron su honestidad en busca de fama y dinero.

⁴⁷⁰ Eduardo Galeano, *Nosotros decimos no: Crónicas 1963/1988* (Madrid: Siglo XXI 1989), 265.

3.1.1. Cuestiones metodológicas aplicables al estudio de la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana

El objeto de investigación del presente trabajo⁴⁷¹ constituye en la configuración de la libertad de creación y expresión artística en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, problemática que consideramos puede ser estudiada en función de los siguientes elementos: La libertad de creación y expresión artística, desde una perspectiva doctrinaria general y vinculada, además a los derechos consagrados en instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos; la libertad de creación y expresión artística como derecho de libertad constitucionalmente reconocido en Ecuador, su rol en el sistema de derechos constitucionales, y su relación con los demás derechos y libertades culturales garantizados en el ordenamiento jurídico nacional, y el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística como derecho de libertad en Ecuador, tomando como ámbito específico para este estudio la canción de autor ecuatoriana, en virtud de su postura emancipadora y contestataria.

Si la Constitución ecuatoriana ha incorporado ya en su texto a los derechos culturales y dentro de ellos la libertad de creación y expresión artística, es fundamental entenderla, determinar los mecanismos idóneos y efectivos para garantizar su pleno ejercicio, y de este modo evitar que este avance constitucional, se vea reducido a una simple declaración de buenas intenciones, que es lo que ocurre con muchísimos derechos y libertades en Ecuador, para ello se hace necesario observar cómo opera en un ámbito específico del arte como es el caso de la canción de autor.

Por ello en la presente investigación se estudia la configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística en el Derecho Internacional de los derechos humanos y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el propósito de tener los elementos suficientes para reflexionar sobre el ejercicio de la libertad de creación y

⁴⁷¹ *Para efectos del presente trabajo, entendemos al objeto de investigación como “La configuración que expresa a través de la cultura el proceso u objeto de la realidad, donde se manifiesta el problema. El objeto de investigación es cultura en tanto constituye conocimientos, lógica y métodos, siendo una categoría objetivo-subjetiva, donde lo objetivo esta en que es expresión de un objeto d la realidad y lo subjetivo porque es una interpretación expresada a través de la cultura y en la que en aras de solucionar el problema, el sujeto incorpora o construye , con lo que se desarrolla la contradicción entre él y el objeto de investigación y con ello se genera un nuevo problema, que a su vez implica una nueva cultura que va transformando en objeto de investigación.” En Homero Fuentes Gonzalez, Matos Hernandez Eneida, Montoya Jorge, *El proceso de investigación científica (Bolívar: Editorial Universidad Estatal de Bolívar, 2007)*, 47.*

expresión artística en el ámbito de la canción de autor ecuatoriana, teniendo en cuenta que a pesar del reconocimiento de los derechos culturales en la Constitución ecuatoriana, la configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística no está debidamente desarrollada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, situación que consideramos termina afectando el pleno ejercicio de este derecho de libertad.

Metodológicamente, en la presente investigación se utilizarán los parámetros de la investigación jurídica integrativa, con el propósito de comprender el fenómeno jurídico como un todo, es decir relacionar: norma, hecho social e intereses tutelados; tal y como lo señala el doctor Jorge Alberto Witker Velásquez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, “un paradigma integrativo del derecho debe superar la norma legislada formalmente vigente y empaparse de la norma vivida en la sociedad”,⁴⁷² lo que nos conduce a la necesidad de obtener la información de las fuentes mismas, esto es la norma constitucional e infraconstitucional, la normativa internacional, la casuística, la jurisprudencia y la revisión bibliográfica; empleando técnicas de recolección de datos, de tal forma que puedan integrarse las diversas vertientes que convergen en la temática, de modo que forma y fondo, ser-deber ser, estructura y función puedan ser entendidos en una lógica que en sinergias creadoras transformen este trabajo académico en una herramienta teóricamente útil y socialmente comprometida con los derechos y las libertades.

Durante el desarrollo del presente estudio el tema ha sido abordado como una totalidad a partir de un desarrollo multicausal, y al mismo tiempo lo hemos controlado para que la investigación no se desborde.

La libertad de creación y expresión artística es connatural a todas las expresiones artísticas, no obstante, estudiar la problemática de cada una de las artes sería físicamente imposible, lo que no significa que desconozcamos que los fenómenos de interrelacionamiento en el seno de la sociedad, no permiten reduccionismos, ni experimentan transformaciones en forma lineal-determinista.

⁴⁷² Jorge Witker Velásquez, “Hacia una investigación jurídica integrativa”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLI, No. 122 (mayo-agosto de 2008) (México DF: UNAM), <<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012212.pdf>>, consulta: 15 de agosto de 2012.

Para reducir el holos⁴⁷³ de una forma académicamente aceptable, hemos apostado por la configuración, entendiendo que se trata de un acercamiento interpretativo y dinámico, asumiendo que el objeto de estudio es una totalidad que admite ser examinado a partir de las interrelaciones de carácter dialéctico, puede ser determinado de manera operativa en atención a los límites del trabajo investigativo, y ser delimitado como una expresión fenoménica de la investigación capaz de desarrollar una forma de conocimiento útil para transformar una situación determinada; por esa razón hablamos siempre del estudio de la configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Dentro de los derechos culturales, reducimos complejidad, y descendimos hacia las libertades culturales, luego y en este mismo orden de ideas dedicamos el estudio a una libertad cultural específica, esto es la libertad de creación y expresión artística.

Para el año 2013, la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed presenta su informe *El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas*, de alcance mundial, paralelamente a este trabajo se dio inicio a la investigación sobre libertad de creación y expresión artística en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Finalmente, la gran complejidad y diversidad de las artes hacen que el estudio de la libertad de creación y expresión artística, se vuelva una tarea que excede el propósito del presente trabajo, porque podría afectar el rigor académico del mismo, al considerar que: “La lógica de la investigación es una consecuencia de la relación dialéctica entre la postura epistemológica del investigador y el objeto de la cultura expresado en el marco teórico construido por este, lo que deviene en una contradicción dialéctica que se resuelve al constituirse este en mediador entre la postura epistemológica y el marco teórico.”⁴⁷⁴

⁴⁷³ “El holos (un término griego que significa “todo” o “entero”) alude a contextos y complejidades que entran en relación, ya que es dinámico. Para la comprensión holística, el todo y cada una de las partes se encuentran ligadas con interacciones constantes. Por eso cada acontecer está relacionado con otros acontecimientos, que producen entre sí nuevas relaciones y eventos en un proceso que compromete el todo.” <http://definicion.de/holistica/>, consulta 3 de julio 2017

⁴⁷⁴ Homero Calixto Fuentes González, “El proceso de investigación científica desde el modelo holístico configuracional” (Santiago de Cuba: CEES Manuel F Gran. Universidad de Oriente, 2004). Edición electrónica MEGACEN, Centro de Información y Gestión para la Ciencia y la Técnica, del Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio de Cuba 8, No. 2 (2003). <<http://www.santiago.cu/cienciapc/n/numeros/2003/2/articulo02.htm>>, consulta: 10 de septiembre de 2014.

Por ello se decidió concentrar el último capítulo de esta investigación al estudio de una expresión concreta del arte, con el objeto de determinar con absoluta precisión, la ubicación del efecto sintagmático, considerando que el sintagma constituye una concepción amplia en la cual puede percibirse un hecho como totalidad y no simplemente como una perspectiva única e incompleta, de modo que constituye un recurso y una forma de mirar el quehacer investigativo capaz de reconocer, valorar, apreciar e integrar el conjunto de aportes y experiencias al proceso del conocimiento, de forma tal que se podrá examinar adecuadamente las descripciones, análisis, predicciones, teorizaciones y constataciones trabajadas, en una expresión artística concreta de la realidad, y en un momento también determinado.

Después de haber participado desde hace ya veintiocho años en el quehacer de la canción de autor, se decidió estudiarla en relación con la libertad de creación y expresión artística, puesto que se trata de una forma de arte eminentemente popular, además que por su contenido constituye una forma de arte vinculada con las luchas de los pueblos, con la memoria histórica, con la condición humana, como lo señala Álvaro Martínez Majado:

A propósito de esta “aproximación crítica a la vida” cabría preguntarse por qué el cantautor elige la canción y no, por ejemplo, el ensayo. A ello tratan de dar respuesta M^a L. Alonso Escontrela, M^a C. Pereira Domínguez y J. Soto Carballo: “La música es sin duda un lenguaje fascinante. En ella se concentran la capacidad de comprensión y de expresión, el orden lógico y la capacidad de abstracción”. A su juicio, la expresividad, la posibilidad de usar la canción en cualquier lugar y circunstancia y la metáfora son otras de las características de la canción de autor, sin olvidar una de las más relevantes en este sentido: la capacidad de presentación de la realidad como un modo deficiente de lo posible, lo que da lugar a un impulso por construir otras alternativas más ricas, más humanizadas.⁴⁷⁵

En consecuencia, una expresión artística crítica, contestaria, irreverente, poética, reflexiva, concienical, necesariamente va a ser incómoda para el poder, y ese será el escenario de tensión en el cual podemos examinar si estos creadores ejercen su libertad de creación y expresión artística.

⁴⁷⁵ Álvaro Martínez Majado, “¿Qué es la canción de autor?”, <<http://alvaro.cat/es/humanidades/que-es-la-cancion-de-autor.html>>, consulta: 10 de septiembre de 2014.

Los cantautores o trovadores, no son simples intérpretes, se trata de creadores de una expresión artística con contenido, y cuya presencia en la historia ha sido significativa, tal es el caso del chileno Víctor Jara, torturado y asesinado el 16 de septiembre de 1973, por el gobierno de Augusto Pinochet, simplemente por componer canciones de contenido social y *poetizar la denuncia* –como lo ha afirmado en reiteradas ocasiones su esposa Joan Jara–, y como tantos cantautores exiliados, detenidos, agredidos, procesados e impedidos de crear y expresar su arte, tema que será analizado en esta última parte del presente trabajo.

La suma de las cuestiones abordadas nos permitirá construir como aporte de este estudio una doctrina jurídica básica sobre libertad de creación y expresión artística, cuestión que ha sido escasamente considerada por la doctrina jurídica en el mundo, y completamente ausente en la reflexión ecuatoriana.

3.1.2. La imposibilidad de plantear una definición para la canción de autor

Reflexionar sobre el significado del término canción de autor puede tener alguna dificultad; coincidiendo con Luis Torrego Egido, creemos que no es posible plantear una definición⁴⁷⁶ capaz de delimitar de forma precisa qué es o qué expresiones se incluyen en la canción de autor, en virtud de la heterogeneidad de esta expresión artística. Efectivamente, se habla indistintamente de canción de autor, canción protesta, canción social, canción popular, canción social y antropológica, canción testimonial, canción poética, canción concienzial, canción de contenido, nueva trova, canción necesaria, nuevo cancionero, nueva canción, canción socialmente responsable, canción propuesta, etc., de modo que no se tiene una absoluta certidumbre terminológica sobre el tema, lo que se explica en el hecho que esta expresión artística presente en las luchas de los pueblos ha tomado varios nombres según la multiplicidad de formas y experiencias que han acompañado a este fenómeno social y artístico, lo que evidentemente determina su carácter polifacético.

En el presente trabajo se utilizará la terminología *canción de autor*, coincidiendo con Fernando González Lucini, autor cuyo trabajo sobre el tema se considera como uno de los más concienzudos, con ensayos tales como *Y la palabra se hizo música, 20 años*

⁴⁷⁶ Amplia información en Luis Torrego Egido, *Canción de autor y educación popular (1960-1980)* (Madrid: La Torre, 1999).

de canción de autor en España, De la memoria contra el olvido, Labordeta nueva visión, Crónica cantada de los silencios rotos, etc. Para González Lucini se habla de canción de autor –aunque sin lugar a dudas el término puede resultar ciertamente reduccionista⁴⁷⁷ porque la actitud del propio cantautor frente a la cultura es contestataria, debido a las siguientes razones:

En el nivel de las prácticas culturales, la canción de autor se sitúa en un cruce de caminos en el que confluye lo popular con cierta tradición poética culta que se inspira a su vez en lo popular. Cuando los cantautores se lanzan a musicar a los poetas, están reclamando para sí la legitimidad de formar parte de la alta cultura, de que su producción sea considerada cultura con mayúsculas.⁴⁷⁸

Más allá de la polisemia de la terminología, la canción de autor es fruto del trabajo de un artista que es el cantautor, que es el protagonista de esta expresión de gran tradición en el mundo entero. Los cantautores son artistas que escriben, componen e interpretan su propia obra, incluyendo letras y melodías; sin embargo, y a diferencia de cantantes que pueden inclusive llegar a escribir alguna canción, constituyen una forma distinta de hacer de la canción una forma de arte vinculada a la tradición del folk acústico.

Tanto las composiciones como los arreglos están escritos principalmente como vehículos en solitario, con el material orientado hacia cuestiones de carácter reivindicativo, libertario, político, introspectivo, sensible, romántico, subjetivo, confesional, surrealista, crítico, reflexivo, testimonial, etc., de modo que generalmente las canciones escritas por estos artistas se presentan como herramientas para que las personas, los grupos sociales y los pueblos, tomen conciencia social y política.

El producto artístico constituyen las canciones que se caracterizan por ser profundamente personales, razón por la cual no dudamos en afirmar que la existencia de la antigua tradición oral que es compartida en todo el mundo, es el punto de partida de lo

⁴⁷⁷ Fernando González Lucini, *Crónica cantada de los silencios rotos: Voces y canciones de autor, 1963-1977* (Madrid: Alianza, 1998), 33.

⁴⁷⁸ Disponible en <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82201220>>, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica. Héctor Fouce y Juan Pecourt, “Emociones en lugar de soluciones. Música popular, intelectuales y cambio político en la España de la transición”, *Revista Transcultural de Música*, No. 12 (julio de 2008) (Madrid: Sociedad de Etnomusicología).

que hoy llamamos canción de autor, de hecho el acompañar piezas poéticas con sonidos, es una práctica milenaria de la especie humana:

De hecho y siguiendo el razonamiento de Juan Pablo Neyret de la Universidad Nacional de Mar del Plata, “los modernos trovadores han cubierto el espacio robado al poemario y, si se vuelve a considerar el carácter eminentemente oral de la poesía, se constituyeron en una vieja/nueva forma del poeta”. En síntesis la fuerte presencia de versos hablados en la obra junto las canciones son una clara referencia a la tradición de los rapsodas griegos, los skalds nórdicos, los trovadores y troveros franceses, los juglares españoles y a la tradición literaria oral de nuestros pueblos originarios de Abya Yala.⁴⁷⁹

Diríamos entonces que gracias a la canción de autor, la poesía oral está más viva que nunca, de hecho en 2016 se otorgó el premio nobel de literatura al cantautor estadounidense Bob Dylan, como reconocimiento, especialmente por la calidad de sus textos; de hecho,

[...] si el Nobel algún día se convierte en retroactivo, nunca se le dará al autor de El Mío Cid o la Iliada porque no le pertenecen a un autor, sino a la tradición de un pueblo. En el caso de Dylan es distinto y novedoso. Es un sujeto individual, está vivo y todavía da conciertos, lo que lo convierte en la mejor oportunidad de la Academia de premiar a un cantante, un poeta oral, un representante de esta clase de literatura.⁴⁸⁰

Todo lo señalado evidencia la trascendencia de la canción de autor y su naturaleza poética y literaria, así como la dificultad de expresar sus contenidos en plena libertad por su naturaleza cuestionadora del poder, que constantemente la coloca en una situación de vulnerabilidad, que conduce a cantautores, trovadores, bardos y creadores a realizar su actividad bajo la atenta mirada del censor, que en cualquier momento puede coartar su libertad de creación y expresión artística.

⁴⁷⁹ Notas de presentación del CD Puro y simple de Eduardo Calero Jaramillo, <<http://www.lastfm.es/music/Eduardo+Calero/Puro+y+simple/+wiki>>, consulta: 11 de septiembre de 2014.

⁴⁸⁰ Víctor Reyes, “Bob Dylan, el Premio Nobel y los límites de la literatura”, Rpp Noticias, <<http://rpp.pe/cultura/literatura/bob-dylan-el-premio-nobel-y-los-limites-de-la-literatura-noticia-1002366>>, consulta: 20 de junio de 2016.

3.1.3. Evolución de la canción de autor

El quehacer creativo y artístico de los cantautores contemporáneos tiene como referencia una primera generación que corresponde a los autores e intérpretes que emprendieron y desarrollaron su trabajo de creación y de comunicación entre mediados de los años 50, 60 e inicios de los años 70, tal es el caso de Woody Guthrie reconocido cantautor folk, y Georges Brassens precursor de la trova anarquista.

A partir de mediados de los años 70 se da una mayor consolidación de la canción de autor, aunque caracterizada por una fuerte carga política e ideológica, destacándose Bob Dylan, Leonard Cohen, Georges Moustaki, Paco Ibañes, Atahualpa Yupanqui, Violeta Parra, Joan Manuel Serrat, Pedro Soriano, Silvio Rodríguez, entre otros.

En los años 80 y 90, la canción de autor toma un giro más amplio, tanto desde el punto de vista musical como poético, e incluso social y político.

Finalmente, y a partir de 2000, asistimos a una evolución positiva del trabajo de los cantautores, con propuestas cada vez más abierta y de mayor diversidad, lo que evidencia la capacidad de esta expresión del arte por estar a la altura de un nuevo momento de la historia humana.⁴⁸¹

En el caso ecuatoriano, la trayectoria de la canción de autor es similar de otros países del mundo,

[...] este proceso tiene una historia que se inicia hace más de 30 años, una evolución conceptual y un trabajo constante de sus actores que han tomado las influencias armónicas, melódicas, rítmicas y poéticas llegadas de todas partes sin dejar de lado las de raigambre local, para definirnos y enriquecer nuestra identidad y autoestima. Hoy se puede ya hablar de un movimiento de Canción de Autor como nunca antes pudo tener lugar en el país, debido a varias circunstancias.⁴⁸²

A finales de la década de 1950, en Latinoamérica se vive un despertar de la conciencia política a consecuencia de la agudización de los conflictos sociales, y es en

⁴⁸¹ Amplia información sobre el tema puede encontrarse en el Blog de Fernando Lucini en <http://fernandolucini.blogspot.com/search/label/%C2%A1No%20lo%20entiendo%21%C2%A1Que%20me%20lo%20expliquen%21>, consulta: 20 de octubre de 2016.

⁴⁸² Red ecuatoriana de trovadores, “Unas líneas sobre la canción de autor en el Ecuador”, <http://canciondeautorecuador.blogspot.com/p/la-cancion-de-autor-en-ecuador.html>, consulta: 11 de septiembre de 2014.

este momento en que surge embrionariamente la música latinoamericana, conectada con las tradiciones orales y musicales de las culturas ancestrales, y que constituirá el germen de lo que posteriormente llegó a conocerse como *la nueva canción latinoamericana*. En los años 60, en toda América incluida se muestra un creciente interés en la canción folklorista con proyección social; en los EUA por ejemplo, el primer Bob Dylan, aparece como referente de un canto social, que abogaba por los derechos civiles, la paz y denunciaba las injusticias sociales; en Latinoamérica en tanto será un tiempo de dictaduras, represión, pero también del triunfo de la Revolución cubana. De España llegaban a América ciertos ecos de la nueva canción catalana y española en general con Joan Manuel Serrat y Paco Ibañez,⁴⁸³ ciertas ideas del Mayo del 68 francés, muy poco de la canción francesa de Jacques Brel (1929-1978) o de la trova anarquista de siglo XX de Georges Brassens (1921-1981) o la cantautoría ácrata de Pedro Soriano, y menos aún del movimiento de cantautores italianos entre los que destaca Francesco Guccini.

Llegamos a los años 70 y en Latinoamérica se consolida la canción de contenido social, como un fenómeno artístico y estético. En una velada en Casa de las Américas, un 18 de febrero de 1968 cantaron juntos por primera vez y frente al público, Silvio Rodríguez, Pablo Milanés y Noel Nicola, sin embargo, el movimiento de la nueva trova cubana, versión caribeña de la nueva canción latinoamericana, de manera oficial, sería fundado en Manzanillo el 2 de diciembre de 1972.⁴⁸⁴

Las dictaduras de las décadas de 1960 a 1980, intentaron por todos los medios acabar con esta expresión del arte, por su evidente ideología de izquierda, de allí la adjetivación de *música protesta*, puesto que,

La Nueva trova implicó una fusión que englobó innovación con tradición. Una fusión de temas que abarca la antigüedad-modernidad, música y poesía. Sincretismos estos que ayudan a parir la mestiza canción. Abordando encarecidamente vivencias colectivas, lo cotidiano y lo que nos afecta y nos impide ser. Hurgando en nuestras raíces, rescatando cantos laborales, trinares de aves, resonancias de la misma naturaleza que entrompen hacia sonidos genéricos ancestrales; sinfonías que nos lleven al inconsciente de esencias perdidas. Todo bajo un imaginar que la música nos puede llevar a colores y olores de nuestra gens memorial. Un gesto pasional de un músico o un director de orquesta transmite infinitud de sentires. Saber comunicar, instrumentando canciones que

⁴⁸³ Sobre Paco Ibañez se puede decir que más bien se trata de un musicalizador de la poesía española antes que un cantautor propiamente dicho, sin embargo su aporte cultural a la consolidación de esta expresión artística ha sido sumamente valioso (Nota del autor).

⁴⁸⁴ Información obtenida en la Casa de las Américas, La Habana Cuba. (Nota del autor)

hagan percibir que alguna vez fuimos felices y podemos volver a serlo. En síntesis, transmitir con energía la belleza del concebir.⁴⁸⁵

En el año de 1972 se realiza en la Habana un encuentro de música latinoamericana, en el cual se llevan adelante varias discusiones a nivel teórico sobre la trascendencia de esta naciente expresión cultural, y fundamentalmente para tratar de entender la relación entre lo culto y lo popular en la canción y su rol en las transformaciones sociales que reclamaba la sociedad latinoamericana, además se discute sobre la relación entre la música y la revolución, y el problema del colonialismo y la penetración cultural. Es a partir de este suceso que la canción de autor latinoamericana, es percibida como una manifestación de carácter más bien político, etiqueta que erróneamente se mantiene hasta nuestros días.⁴⁸⁶

Sin embargo, la realidad es otra pues desde sus primeros momentos, los cultores de la canción de autor latinoamericana han venido debatiendo sobre el carácter de la misma, entre quienes consideran que la canción debe estar al servicio de la revolución y quienes ven en ella el espíritu innovador de cada época, el espacio idóneo para cultivar la poesía, la innovación, lo sublime, la crítica social, la recuperación de las espiritualidades, la construcción del ser latinoamericano, y como no: el amor.

En el caso ecuatoriano entre los años 60 y 70, el país vive entre el Velazquismo y el agotamiento de un modelo económico sustentado en la exportaciones del banano, una profunda crisis económica, el descubrimiento de reservas de petróleo, la llegada de gobiernos militares con Guillermo Rodríguez Lara, luego del triunvirato, y paralelamente la consolidación del movimiento obrero ecuatoriano, y la efervescencia del movimiento estudiantil universitario.

La canción social ecuatoriana nace con una fuerte influencia de la nueva canción chilena, especialmente de grupos como Quilapayun e Inti Illimani, de hecho se considera que en el caso ecuatoriano existe una mayor relación con la canción de autor chilena que con la nueva trova cubana, como erróneamente se cree. Al respecto, la etnomusicóloga

⁴⁸⁵ Rafael Pompilio Santeliz, “El cantor y la música para el cambio social”, <<http://www.aporrea.org/actualidad/a168720.html>>, consulta: 11 de septiembre de 2014.

⁴⁸⁶ Leonardo Calvo Cardenas, “La nueva trova: Cuarenta años después”, 29 de febrero de 2012, <<https://www.cubonet.org/articulos/la-nueva-trova-cuarenta-anos-despues/>>, consulta: 20 de junio de 2016.

Ketty Wong Cruz, en su reconocido libro *La música nacional: Identidad, mestizaje y migración en el Ecuador*, manifiesta:

Ecuador recibió una corriente de inmigrantes chilenos que estaban huyendo del régimen dictatorial de la década de los 70; algunos formaron estos conjuntos de música folclórica. Estudiantes ecuatorianos de la clase media formaron sus propios conjuntos y sentaron las bases para el movimiento de la nueva canción en Ecuador, aparecieron las famosas peñas, donde se reunían y gente que compartía las ideas del movimiento.⁴⁸⁷

Los primeros artistas ecuatorianos que se suman a la corriente del nuevo canto son los grupos Jatari, Illuman, el grupo de canción protesta de la FEUE, el grupo noviembre 15, la mayoría de ellos nacidos en las aulas de la Universidad Central del Ecuador, además solistas como Enrique Males, cantor indígena oriundo de la provincia de Imbabura, quien mantuvo gran cercanía con los artistas chilenos Víctor Jara, Patricio Manns y Tito Fernández.

En el año de 1973 aparece ya en la ciudad de Quito, Jaime Guevara, cuyo trabajo tiene una fuerte influencia de Bob Dylan, y el movimiento del *folk-song* norteamericano, y aunque inicialmente fue rechazado por los puristas cultores del canto protesta de carácter casi folclórico, hoy por hoy, es reconocido como un icono de la trova urbana anarquista del Ecuador.

Para 1977 y a raíz de la masacre de los trabajadores azucareros del ingenio Aztra, Ulices Freire, cantautor cuencano escribe el poema 77 y lo musicaliza con lo cual la relación entre poesía social, canto popular, y cantautor se configura en el país.

En 1978 desde la Facultad de Medicina de la Universidad Central surge Pueblo Nuevo, posiblemente el grupo más representativo de la nueva canción ecuatoriana.

A finales de los años 70 Fabián Meneses de algún modo inaugura el quehacer del cantautor en un bar de la Mariscal, de la ciudad de Quito llamado, *Hojas de hierba*, generando una propuesta desde su propia creación.

En los años 80 una canción de autor urbana aparece en Ecuador, con el trabajo de grupos como promesas temporales y Umbral, de estos grupos emergerían cantautores tan

⁴⁸⁷ Ketty Wong Cruz, *La música nacional: identidad, mestizaje y migración en el Ecuador* (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2013).

destacados como Hugo Idrovo, Alex Alvear y Pancho Prado. En esta misma época aparece también en la escena quiteña Fernando Jaramillo conocido artísticamente como Guandungo de la Tierra, integrando la poesía al canto popular, y se radica en Ecuador el cantautor argentino Alberto Caleris.

Para la década de los 90, la canción de autor prácticamente se ha impuesto sobre la antigua nueva canción políticamente comprometida, y por todo el país, aparecen una gran cantidad de cantautores, evidenciando la diversidad propia de la cultura ecuatoriana, tendencia que ha ido creciendo y consolidándose hasta la actualidad.

La canción de autor ecuatoriana, nace de la nueva canción latinoamericana, inicia con cierta identidad compartida, a través del folclore andino con grupos chilenos como Inti Illimani y Quilapayun, avanza con proyectos de investigación y recopilación de ritmos, instrumentos, y tradiciones orales de los pueblos ancestrales andino-amazónicas y afroecuatorianos, luego vuelve los ojos a las realidades urbanas para finalmente consolidarse en lo que hoy se dado por llamar canción poética, caracterizada por ser fruto de la autocreación, llegando a ser la expresión más avanzada de esta expresión artística en nuestro país.

En cuanto a los contenidos, el avance va desde la denuncia social en los años 60 y 70, una canción de carácter urbano en los años 80, hasta la poetización de la canción a partir de los años 90.

Es importante destacar que en el año de 1984, se intentó consolidar el Movimiento Ecuatoriano de la Nueva canción, que no logró cumplir sus objetivos; algo similar ocurrió en 2007 con el intento de constituir la Red Ecuatoriana de Trovadores, sin embargo, han sido y siguen siendo los cantautores independientes quienes mantienen viva la canción de autor nacional.⁴⁸⁸

3.1.4. El cantautor y la libertad de creación y expresión artística

Sin lugar a dudas la canción de autor ecuatoriana constituye una expresión estética, social, política y reflexiva, que es consustancial a la cosmovisión del ser ecuatoriano. El término canción de autor, nos permite referirnos a un arte constituido por música popular y poesía

⁴⁸⁸ Amplia información en <http://canciondeautorecuador.blogspot.com/p/la-cancion-de-autor-en-ecuador.html>, consulta 3 de julio 2017.

que supone una ruptura contra la cultura dominante, una pugna por revalorizar la identidad de los pueblos y las personas, y se caracteriza por ser una manifestación artística que denuncia las injusticias sociales, está profundamente comprometida con la defensa de la dignidad humana y de la libertad; y se expresa fundamentalmente, a través de un texto poético que se impone sobre la música que por lo general es sencilla por tratarse de una especie de vehículo para que fluya el mensaje.

El cantautor hace una tarea de difusión cultural, asumiendo un rol testimonial ante las realidades de su tiempo, buscando reflexionar inclusive con cierta pretensión filosófica, para despertar una conciencia ética por medio de su propuesta, lo que revela su intención de que la gente utilice la canción como una herramienta útil para que pueda enfrentar sus problemas existenciales y también sus buenos momentos; además contribuye a la reinterpretación del folclore, la sociabilización de la política con intenciones de carácter educativo, fomenta la sensibilidad colectiva, y es ante todo un ejercicio contra hegemónico del arte.⁴⁸⁹

La canción en sí misma, es una expresión híbrida resultante del cruce entre la cultura oral y la cultura escrita, es una forma de comunicación sumamente versátil que permite ejercer la libertad de expresión en forma artística y eficiente en virtud de la brevedad del texto, y una forma de revitalizar la literatura, puesto que:

la canción como género literario que cumple una función social en estrecha relación con los elementos estructurales que la conforman, es la manifestación de ese proceso evolutivo de la literatura como sistema en constante cambio que contradice las restricciones canónicas impuestas por factores críticos que la relacionan únicamente al plano de la escritura. Frente a esta visión restringida de la literatura se contraponen la que, a través de un canon y corpus críticos, elabora una noción que incluye, aparte de otros factores, el plano oral de la difusión literaria como valor intrínseco, constitutivo de un proceso literario en evolución.⁴⁹⁰

Las particularidades antes señaladas, demuestran la esencia humanista y libertaria de la canción de autor, y su importancia para la cultura popular, pues como forma de

⁴⁸⁹ En Ecuador es notorio como quienes invisibilizan a la canción de autor nacional, al mismo tiempo alaban a artistas extranjeros de reconocida trayectoria como Bob Dylan, Joan Manuel Serrat, o Silvio Rodríguez, lo que evidencia una suerte de doble moral por la cual, está bien hacer canción crítica si se es extranjero, y si se hace a nivel nacional que sea limitada, imperceptible a la opinión pública, sin incomodar a nadie, y circunscrita a una audiencia mínima. (Nota del autor)

⁴⁹⁰ José Antequera, "Oralidad y difusión poética en la Nueva Canción Latinoamericana", *Voz y escritura. Revista de estudios literarios*, No. 16 (enero-diciembre 2008), 94-5.

manifestar la condición humana, mantiene un constante enfrentamiento contra el poder, el odio, el carácter deshumanizador de la propia sociedad, y cualquier intento por impedir que los pueblos y las personas vivan en libertad. No se trata pues simplemente de una actitud revolucionaria, se trata de una rebeldía que anuncia utopías presididas por la esperanza.

Por ser uno de los casos paradigmáticos en América Latina, se menciona el caso de Víctor Jara, por su trascendencia, y por haber visibilizado la forma como opera la represión del poder en contra de un cantautor por el hecho de componer canciones de contenido político, hasta el punto de quitarle su propia vida después de haberlo torturado.⁴⁹¹

Durante el golpe de Estado en contra del presidente Salvador Allende en Chile, y la brutal violación a los derechos humanos contra el pueblo chileno, destaca en el caso del cantautor y profesor de la Universidad Técnica del Estado Víctor Jara, quien tal y como lo señalara en diversas ocasiones Danilo Bartulin, también prisionero en el Estadio Nacional de Chile, por haber sido el médico personal de Salvador Allende, “lo torturaron y asesinaron porque odiaban sus canciones”,⁴⁹² afirmación que permite profundizar un poco más sobre las razones que condujeron al crimen contra el artista ya que aunque pudiera ser la explicación más lógica, que su asesinato se produce como consecuencia de su militancia de izquierda y su apoyo frontal al gobierno socialista de Allende, todo ello sumado a la crueldad que se vivió en el estadio de Chile, convertido por aquellos días de septiembre de 1973 en una suerte de campo de concentración, existe una versión que sugiere que Víctor Jara fue torturado y asesinado efectivamente por el contenido de sus canciones, y de una muy en particular, intitulada *Preguntas por Puerto Montt*.⁴⁹³

⁴⁹¹ Ver “El presunto asesino de Víctor Jara se jactaba del arma con que lo mató, según un testigo, publicado”, 19 de junio de 2016, <<http://www.cancioneros.com/co/8433/2/el-presunto-asesino-de-victor-jara-se-jactaba-del-arma-con-que-lo-mato-segun-un-testigo>>, consulta: 20 de junio de 2016.

⁴⁹² El relato de Danilo Bartulin es la narración de este médico que ha sido recogida en varios medios de comunicación a través del tiempo, sin embargo ha tomado gran importancia el haber sido considerada por el juez chileno Alejandro Madrid, que investiga el asesinato del cantautor Víctor Jara tras el golpe militar de 1973 (nota del autor).

⁴⁹³ La llamada masacre de puerto Montt ocurrió el 9 de marzo de 1969, y fue un episodio de represión en contra de un grupo de personas de escasos recursos que intentaron ocupar un terreno en Pampa Irigoín, siendo masacradas más de diez personas por fuerzas policiales del estado chileno. Sobre estos hechos fue responsabilizado el Ministro del Interior Edmundo Pérez Zujovic. En su canción Víctor Jara dice: “*Usted debe responder/ señor Pérez Zujovic/ ¿por qué al pueblo indefenso/ contestaron con fusil?*” (nota del autor).

Pues bien, la investigación sobre la muerte de Víctor Jara ha tenido problemas para identificar a uno de los autores del crimen, se trata de un oficial apodado *El Príncipe*, cuya identidad continúa siendo un misterio, a pesar de que se afirma que fue él quien consumó el asesinato; la justicia chilena investigó una hipótesis que –según nuestro criterio– no solamente podría dar luz a los hechos sino que es coherente, la cual en su momento fue ampliamente recogida por la prensa:

Hace pocos días, cuando parecía que la causa había perecido sin responsables, el juez Alejandro Madrid ordenó identificar al “Príncipe” entre los exalumnos del colegio inglés. Las distintas versiones indican que el autor del disparo fatal podría ser el exteniente Edwin Dintel Bianchi o también Rodrigo Rodríguez Fuschlölger o Nelson Haase Mazzei, todos con características físicas similares.

Hasta el momento, los jueces que han tenido en sus manos la investigación ya los han citado a todos, pero ellos niegan su participación en el asesinato. Madrid cree que la muerte estaría relacionada con un episodio ocurrido en 1969 en el centro escolar. Aquel año el artista había ido a dar un concierto, en el que cantó *Preguntas por Puerto Montt*, que aludía a la masacre de once civiles por parte de la policía durante el Gobierno de Eduardo Frei Montalva (1964-70). Jara fue agredido entonces por alumnos del colegio.

Cuatro años después, cuando el artista era torturado en el estadio de la capital chilena, el agresor le dijo que lo suyo era una venganza por sus insultos al ministro del Interior de Frei, Edmundo Pérez, aludido en la canción de protesta interpretada en aquel colegio.⁴⁹⁴

Pues bien se conoce que en el mes de julio de 1969, en el Colegio Saint George de Santiago se realizó una semana cultural cuyo eje central trató sobre los valores tradicionales del sistema educativo chileno, bajo la coordinación del profesor de filosofía Gustavo Miranda, en el marco de esta jornada cultural, se invitó a cerrar el evento al cantautor Víctor Jara, quien cantó la canción *Preguntas por Puerto Montt*, una gran parte del público abucheó al artista llegando inclusive el estudiante Edmundo Pérez Yoma a lanzar una pedrada a Jara, junto al hijo de Pérez Zujovic, también alumno del Colegio, lo que obligó al cantautor retirarse apresuradamente por la puerta trasera.⁴⁹⁵

Si bien es cierto que esta versión hasta la fecha no ha podido ser comprobada, y que el caso de Jara se ha tramitado como uno más de las miles de ejecuciones extrajudiciales durante la dictadura de Pinochet, la hipótesis antes señalada, sugiere una

⁴⁹⁴ Marcela Valente, “Un Juez busca en un colegio al asesino de Víctor Jara”. *Qué!* (Bilbao), <<http://www.elcorreo.com/vizcaya/v/20111002/mundo/juez-busca-colegio-asesino-20111002.html>>, consulta: 17 de septiembre de 2014.

⁴⁹⁵ La crónica completa de estos acontecimientos puede leerse en la edición del diario *El Mercurio* de Chile, del 12 de julio de 1969, bajo el título “Incidentes en colegio católico por penetración marxista”.

explicación muy coherente, respecto a las verdaderas razones del ensañamiento en contra de Víctor Jara, un aspecto que nunca fue totalmente aclarado.

De hecho, si se trató de una represalia por el texto de una de sus canciones, si acaso existió un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión en la canción *Preguntas por Puerto Montt*,⁴⁹⁶ seguramente estamos ante un caso extremo y aberrante en el cual la libertad de creación y expresión artística fue castigada con sadismo hasta terminar en una ejecución extrajudicial.

Sin embargo, la represión a la canción de autor no se produce únicamente en Chile, pues como es conocido durante las dictaduras en Argentina, muchos artistas del canto social, fueron censurados llegando muchos de ellos como Mercedes Sosa, León Gieco, Víctor Heredia, María Elena Walsh, Piero, Litto Nebia a autoexiliarse en Europa, la llamada *operación claridad* que preparó una lista negra de personas vinculadas al ámbito cultural y sus obras, que fueron de simpatía del gobierno de facto,

Prohibidos, censurados, perseguidos, exiliados, torturados y asesinados. Cientos de artistas se alzaron en “palabras” para expresarse, sin imaginar que serían víctimas de la más sombría dictadura militar que vivió Argentina durante el gobierno de facto de Jorge Rafael Videla entre los años 1976 y 1981. Doscientos cuarenta y uno fueron los “*desaparecidos culturales*”, decenas de artistas fueron censurados por su “diferente manera de pensar”, y muchos de ellos tuvieron que exiliarse en otros países.⁴⁹⁷ (Énfasis añadido)

Aparecen pues dos cuestiones muy interesantes que se han manejado como frente a estas situaciones inusuales, y que son el genocidio cultural y los desaparecidos culturales, en escenarios extremos donde la libertad de creación y expresión artística ha sido severamente amenazada.

⁴⁹⁶ Esta canción de Víctor Jara denuncia la matanza de la Pampa Irigoín en Puerto Montt y dice “Usted debe responder/ señor Pérez Zujovic/ por qué al pueblo indefenso/ contestaron con fusil / Señor Pérez su conciencia/ la enterró en un ataúd/ y no limpiarán sus manos/ toda la lluvia del sur / toda la lluvia del sur./ Murió sin saber por qué/ le acribillaban el pecho/ luchando por el derecho/ y un suelo para vivir.” En el texto el artista señala como responsable de estos hechos violentos al entonces ministro del Interior Pérez Zujovic . Esta canción es parte del cuarto álbum de estudio de Jara intitulado *Pongo en tus manos abiertas[...]* grabado durante 1969, y publicado ese mismo año por el sello discográfico Jota Jota (posteriormente DICAP) (Nota del autor).

⁴⁹⁷ “El genocidio cultural durante la dictadura”, *Minutouno*, 17 de mayo de 2013, <<http://www.minutouno.com/contenidos/home.html>>, consulta: 17 de septiembre de 2014.

En primer lugar el *genocidio cultural*, un concepto trabajado por el jurista Raphael Lemkin, quien básicamente planteó que en casos de genocidio se debe también considerar la dimensión cultural, sin embargo el alcance del concepto no ha sido debidamente desarrollado y muchas veces se lo confunde o se lo asimila con el etnocidio.

Doctrinariamente los casos que se pudieran considerar verdaderos ejemplos de genocidio cultural son: las medidas implementadas durante la conquista europea sobre Abya Yala para borrar las culturas ancestrales a partir de la llegada de Cristóbal Colón en 1492, la supresión del idioma coreano por parte del Imperio japonés entre 1910 y 1945, la destrucción de la cultura polaca en la Segunda Guerra Mundial, y los intentos por destruir la cultura tibetana.⁴⁹⁸

En Argentina se ha usado mucho este término para denunciar cómo la dictadura afectó importantes valores culturales, de manera violenta e injustificada, con lo cual este concepto se torna mucho más complejo, pues, ya no solamente hace referencia a cuestiones vinculadas con ataques sistemáticos al patrimonio cultural, generalmente en el caso de conflictos armados como tradicionalmente ha sido empleado, sino que abarca todo tipo de acciones y que afecten un grupo de artistas y sus obras que desde el poder pretendan ser aniquilados, suprimidos o desaparecidos. El avance de este concepto en Argentina ha permitido que el dictador Jorge Videla, haya sido procesado por un caso de genocidio cultural, en virtud del saqueo de la Biblioteca Popular Constancio C. Vigil ocurrido el 25 de febrero de 1977.⁴⁹⁹

En un momento de la historia en Latinoamérica, la canción de autor de contenido social, testimonial o libertaria, fue objeto de toda una campaña orquestada por el poder para desaparecerla, razón por la que se dice que existió un intento de hacer un genocidio cultural, aunque hay quienes consideran que esta experiencia histórica de represión cultural, no llegó a tanto; sin embargo lo que sí no se puede dejar de anotar es que los gobiernos dictatoriales hicieron todo cuanto pudieron por borrar esta forma de arte

⁴⁹⁸ Amplia información en “Cuando el genocidio acaba con la cultura”, *El Orden Mundial*, 21 de septiembre de 2015, <<http://elordenmundial.com/cultura-y-sociedad/cuando-el-genocidio-acaba-con-la-cultura/>>, consulta: 20 de junio de 2016.

⁴⁹⁹ Florencia Bossié, Martina Dominella y Oliva Josefina, “Una resistencia al genocidio cultural”, *La Pulseada* (septiembre 2015), <<http://www.lapulseada.com.ar/site/?p=10048>>, consulta: 21 de junio de 2016.

incómodo para ellos, y que la canción de autor resistió y sobrevivió esta etapa histórica tan difícil.

En España durante la dictadura de Franco, ocurrió algo similar, y la canción de autor fiel a su naturaleza libertaria confrontó al autoritarismo, de modo que,

Los cantautores recuperaron a la Generación del 27 y se dejaron empapar por las principales corrientes artísticas y fenómenos culturales del momento: Dylan, la chanson francesa (Brel, Brassens, Moustaki), la canción latinoamericana (los ecos de Violeta Parra y Atahualpa Yupanqui, el compromiso político de Silvio Rodríguez), Mayo del 68, el pop de los Beatles. De fondo, se mantenía el espíritu comprometido que enlazaba con la canción protesta estadounidense de principios de los 60. “Yo creo que la música siempre es comprometida”, –añade Martirio– “incluso el poema de amor más lírico puede conectar con los sentimientos de forma que te haga reivindicar cosas muy políticas. Al remover los sentimientos, se mueve no solo lo lírico, sino también lo social y lo político.”⁵⁰⁰

Resulta un planteamiento sumamente vanguardista el concebir que la sistemática ocultación de ciertas manifestaciones culturales con el fin de aniquilarlas pudiera en algún momento ser reconocido como un verdadero genocidio cultural, pues efectivamente es muy probable que una buena del patrimonio literario- musical de los pueblos se haya perdido por expresar ciertas ideas que incomodan a la autoridad o al gobierno de turno, por cuya razón la implementación de distintos tipos de medidas para erradicar estas expresiones artísticas las ocultaron y las volatilizaron hasta borrarlas de la memoria colectiva.

Y en segundo lugar los *desaparecidos culturales*, concepto que trata de encontrar un símil con la desaparición forzada o involuntaria, según la Convención Interamericana de Derechos Humanos sobre Desaparición Forzada de Personas⁵⁰¹ consiste en: “[...] la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de

⁵⁰⁰ Jesús Miguel Marcos, “Las voces que lucharon contra Franco”, Madrid, artículo publicado el 20 de abril de 2011. *Público.es*, 20 de abril de 2011, <http://www.publico.es/culturas/372166/las-vozes-que-lucharon-contra-franco>. Consultado: 19 de septiembre de 2014.

⁵⁰¹ Esta convención fue adoptada por la Organización de Estados Americanos OEA el 9 de junio de 1994, y entró en vigor el 28 de marzo de 1996 (Nota del autor).

la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”⁵⁰².

La desaparición cultural, por tanto y según nuestro criterio, se refiere a las acciones u omisiones que agentes del Estado, o personas o grupos que actuando con autorización, apoyo o aquiescencia del mismo, impidan, obstruyan, silencien, o invisibilicen, la obra y expresión artística de un artista, un grupo social o un pueblo, con el propósito de que sea borrada de la memoria y no llegue nunca a integrar el patrimonio cultural tangible o intangible. Al respecto, no podemos olvidar que en el caso ecuatoriano la CRE de 2008 en su artículo 379, establece que:

Son parte del patrimonio cultural tangible e intangible relevante para la memoria e identidad de las personas y colectivos, y objeto de salvaguarda del Estado, entre otros:

4. *Las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas.* Los bienes culturales patrimoniales del Estado serán inalienables, inembargables e imprescriptibles. El Estado tendrá derecho de prelación en la adquisición de los bienes del patrimonio cultural y garantizará su protección. Cualquier daño será sancionado de acuerdo con la ley. (Énfasis añadido)

En consecuencia si la creación artística hace parte del patrimonio cultural todo acto, omisión, exclusión o supresión capaz de impedir que la creación individual o colectiva artística, científica o tecnológica, se pierda en el anonimato desapareciendo, conducirá a que aquella creación deje de ser parte del patrimonio cultural, y por tanto su autor pasaría a ser un *desaparecido cultural*.

Los desaparecidos culturales son producto de la invisibilización, de ciertas expresiones, obras, o manifestaciones artísticas que no son del agrado, funcionales, o resultan incómodas para algún poder ya sea político, económico, social, cultural, de medios de comunicación, etcétera.

⁵⁰² Artículo II de la Convención Interamericana de Derechos Humanos sobre desaparición forzada de personas adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994 (Nota del autor).

3.1.5. La libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana y sus tensiones con el poder

En Ecuador también se han dado casos de represión en contra de la libertad de creación y expresión artística de los cantautores como es el caso de la disolución del grupo promesas temporales, del cual formaban parte artistas de gran valía como Hugo Idrovo, Héctor Napolitano y Alex Alvear; durante el gobierno de León Febres Cordero, los miembros del grupo llegaron a tener noticias que sus nombres constaban en una lista elaborada por el Ministerio de Gobierno, y que eran vigilados por los servicios de inteligencia del Estado, cierto día, Alex Alvear, quien habría sido considerado como anarquista y hasta insurgente, fue detenido por un comando de agentes del gobierno en la ciudad de Quito, secuestrado y vejado durante dos días, la desagradable experiencia hizo que Alvear se autoexilie en los EUA, y aquello significó el fin de promesas temporales.⁵⁰³

Del mismo modo, el cantautor Jaime Guevara, en reiteradas ocasiones ha sido víctima de maltrato y represión por su trabajo artístico, en más de una ocasión ha sido detenido, encarcelado y maltratado por agentes de la policía nacional, todo esto por su firme apoyo incondicional a la causa de la desaparición de los hermanos Restrepo Arismendi, la objeción de conciencia y últimamente en defensa del Yasuní, área protegida catalogada como la reserva nacional de biósfera más grande del Ecuador continental. Durante el mandato de León Febres Cordero más de siete ocasiones fue encarcelado, y en el gobierno de Sixto Durán Ballén, inclusive le fue decomisada temporalmente su guitarra por las fuerzas del orden,

El rechazo social al autoritarismo del régimen de Febres Cordero impulsó la movilización de diversos sectores, como la Comisión Ecuamélica de Derechos Humanos (CEDHU), Coordinadora de Artistas Populares, Comités de familiares de los presos políticos, Comités de diversos barrios, Frente Continental de Mujeres, estudiantes, entre otros.

La canción popular de Jaime Guevara encontró en este escenario político una fuente de inspiración para componer temas musicales de alto contenido social y crítica al poder. Sus conciertos y canciones acompañaron la movilización y la protesta, las

⁵⁰³ Amplia información se puede leer en el sitio Solo Rock Ecuatoriano. El rincón de la música ecuatoriana. “Biografía de Hugo Idrovo”, <http://descargarockecuadoriano.blogspot.com/2013/12/hugo-idrovo-biografia.html>, consulta. 21 de julio de 2016.

barricadas de la lucha callejera constituyeron espacios de expresión de la voz disidente de los sectores medios y populares.”⁵⁰⁴

Durante el gobierno de Rafael Correa, un incidente en el que participó el cantautor Jaime Guevara con el Presidente, evidenció nuevamente la condición irreverente de este artista y la intolerancia del poder; el 29 de agosto de 2013, el presidente Rafael Correa y su comitiva se encontraba en la ciudad de Quito, en el sector El Dorado, concretamente en las calles Yaguachi e Iquique; Jaime Guevara, al paso del auto presidencial hizo una señal calificada por la moral social como obscena, levantando el dedo medio de la mano. Según la versión del artista, recogida por los medios de comunicación, el Presidente furibundo bajó del auto e increpó al artista: “a ver, borracho marihuanero, si tienes algo contra mí, ven para acá –aflojándose la corbata– ven, hombre a hombre”. Inmediatamente el equipo de seguridad lo detuvo y lo mantuvo por un corto tiempo en custodia, y el Primer Mandatario continuó su camino.⁵⁰⁵

El referido incidente generó una gran polémica a nivel nacional, sin embargo un hecho del que muy poco se habló tiene que ver con la descalificación que hizo el entonces ministro del Interior, José Serrano a la obra artística de Jaime Guevara, señalando que le hacía canciones al expresidente ecuatoriano Lucio Gutiérrez: “Lo que nosotros podemos decir y creo que la ciudadanía no se ha de acordar [...] el señor Guevara le hacía las canciones a Lucio Gutiérrez y le declaraba héroe nacional, entonces qué tenemos que decirle al señor Guevara, insultarle por eso”,⁵⁰⁶ inmediatamente el artista desmintió las palabras del Ministro; a pesar de que un Secretario de Estado no se refiera al hecho en sí mismo, sino que utilice los micrófonos de una emisora para cuestionar la libre expresión del arte, es un precedente absolutamente reprochable, pues vulnera los derechos constitucionales. Esto se suma a los calificativos de “borracho” y “drogadicto”, empleados por el presidente Correa y la elaboración de un parte policial fraudulento para desprestigiar al cantautor, cuando la realidad es que Jaime Guevara es totalmente abstemio, pues sufre de epilepsia a consecuencia de una golpiza que le propinaron agentes

⁵⁰⁴ Nathalia Cedillo Carrillo, “Producción discursiva desde sujetos subalternos en la contienda política de los años 70 y 80 en el Ecuador” (tesis de maestría en Ciencias Sociales, con mención en Comunicación, FLACSO-E, abril 2011), 15.

⁵⁰⁵ Una copia del informe policial suscrito por el Mayor Marco Montenegro de fecha 29 de agosto del 2013, reposa en los archivos del investigador (nota del autor).

⁵⁰⁶ Los señalamientos del ministro del Interior José Serrano fueron realizados en una entrevista en la emisora FM Mundo de la ciudad de Quito (nota del autor).

de la policía, por sus canciones de carácter político, durante el gobierno del doctor Oswaldo Hurtado.⁵⁰⁷

Un caso más reciente de censura a la canción de autor tiene relación con la denegación de subvención del Ministerio de Cultura del Ecuador, al Encuentro Internacional de Canción de Autor, que en apenas cuatro convocatorias logró posicionarse como uno de los festivales internacionales destacados en Sudamérica; el comunicado de sus organizadores, la Red Ecuatoriana de Trovadores y suscrito por los cantautores Fabián Meneses y Fabián Jarrín el 26 de octubre de 2011, en una parte manifiesta:

La actual administración del Ministerio de Cultura del Ecuador al mando de la ministra Erika Sylva, considera que nuestro festival no da la talla para ser beneficiario de fondos del Sistema Nacional de Festivales ni del programa de auspicios establecido por dicho Ministerio. En el preciso momento en que varios Municipios e instituciones privadas se suman a nuestro proyecto como lo han hecho en ediciones anteriores, pero aún con mayores aportes, al ver los resultados obtenidos y la gran expectativa nacional e internacional sobre el mismo, que posiciona a este Encuentro como el más importante para la Canción de Autor en toda la región, los jurados designados por la actual administración piensan todo lo contrario.⁵⁰⁸

A pesar que el colectivo de cantautores organizó unos cuantos encuentros más, llegando hasta la quinta edición en 2013 y 2014, no fue posible continuar con esta actividad cultural por insuficiencia de recursos, evidenciando que la falta de financiamiento se erigió en un mecanismo de censura artificiosa.

Una vez más la canción de autor ecuatoriana sobrevive en espacios alternativos, y sin apoyo estatal, siendo dos experiencias muy significativas en el año 2014, la organización del encuentro de la canción poética en la ciudad de Quito impulsada por el cantautor Washo Flores, con la participación de seis cantautores independientes y el apareamiento de la llamada morbísima trova, de carácter irónico y algo humorístico, a la que adhieren creadores como Chelo Granda, Oscar García, Joaquín Figueroa, Ismael Chávez, y Telfor Pozo; lo que evidencia que la canción de autor en Ecuador sobrevive, aun frente a grandes dificultades.

⁵⁰⁷ Byron Andino Veloz, “Ni la cárcel ni la represión callaron la voz del Chamo Guevara”, <<http://www.cotopaxinoticias.com/seccion.aspx?sid=12&nid=12167>>, consulta: 20 de julio de 2016.

⁵⁰⁸ Una copia del comunicado de la RET, reposa en los archivos del investigado (Nota del autor).

La canción de autor ecuatoriana, que como hemos venido destacando, se caracteriza por su carácter emancipatorio y por su diversidad ya que no puede “entenderse como simple resultado normal o natural de la *inspiración* de algún individuo particular, sino como producto de la relación entre las fuerzas políticas y sociales, que combinadas con las aptitudes y capacidades del compositor, han creado obras musicales[...].⁵⁰⁹

Consideramos que la canción de autor ecuatoriana es heredera del movimiento de la nueva canción ecuatoriana que surgió en los años 60 y 70, y de la canción urbana de inicios de los 80, sin lugar a dudas, es una expresión cultural con personalidad propia. La presencia de figuras emblemáticas de la canción protesta como Jaime Guevara, Hugo Idrovo exintegrante del grupo promesas temporales o de Pancho Prado exvocalista del grupo Umbral, no significa que exista una suerte de continuidad, pero sí una relación de respeto y complementariedad; sin embargo busca una mayor calidad en lo estético y en sus contenidos, marcando distancia con cuestiones panfletarias, demagógicas, facilistas, o militancias políticas: “El arte panfletario siempre ha sido un arte devaluado, al servicio de la consigna. Y cuando además esa consigna no transmite un discurso incómodo sino que reproduce aquello que la masa piensa y quiere escuchar, resulta dudosamente comprometido. Pero sobre todo, y esto es lo peor que se puede decir de una obra de arte, resulta prescindible”.⁵¹⁰

Y es que la canción de autor ecuatoriana, la que se ha caracterizado por buscar una identidad propia que la distinga, sin pretensión alguna de emular otras expresiones similares, aunque, a veces da la impresión que la canción de autor está en un nivel subterráneo y hasta subliminal, sonando como si fuera un mensaje oculto, puesto que al poder que manipula el sistema cultural, “no le interesa promover la canción inteligente porque es dañina, en el sentido de que hace pensar”.⁵¹¹ Y ello vulnera la libertad de

⁵⁰⁹ Hernán B. Vázquez Rocha y Teresa González, *Música y política. Análisis de una relación en una introducción y tres movimientos* (Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2009), 172.

⁵¹⁰ Xabel Vegas, “Contra la nueva canción protesta”, <http://xabelvegas.wordpress.com/2014/04/08/contra-la-nueva-cancion-protesta/>, consulta: 19 de septiembre de 2014.

⁵¹¹ José Neketán, “Entrevista online con Luis Eduardo Aute”, 17 de febrero de 2006 (El Perinqué: Las Palmas de Gran Canaria), <http://www.canarias7.es/participacion/entrevista.cfm?Id=99>, consulta: 20 de septiembre de 2014.

creación y expresión artística de cantautores, trovadores, bardos, juglares, autocantores y cantaescritores.

3.1.6. El acceso a medios de comunicación y o difusión, y su relación con el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística en el ámbito de la canción de autor

Los medios de comunicación son herramientas sociales utilizadas por las personas para informar y comunicar mensajes a través de distintas posibilidades ya sea en forma textual, audio, visual, etc. Dependiendo de los objetivos de la comunicación esta puede estar orientada hacia la comunicación masiva para transmitir información a pequeños grupos, como es el caso de los periódicos locales o institucionales, e inclusive existe información personalizada.

Según el artículo 70 de la Ley orgánica de comunicación del Ecuador, los medios de comunicación social son de tres tipos: públicos, privados y comunitarios; y según el artículo 71 del mismo cuerpo normativo, tienen como responsabilidad el respetar los derechos humanos, desarrollar el sentido crítico de los ciudadanos, promover su participación en los asuntos de interés general, acatar y promover la obediencia a la Constitución, a las leyes y a las decisiones legítimas de las autoridades públicas, promover espacios de encuentro y diálogo para la resolución de conflictos de interés colectivo, contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad, servir de canal para denunciar el abuso o uso ilegítimo que los funcionarios estatales o personas particulares hagan de los poderes públicos y privados; impedir la difusión de publicidad engañosa, discriminatoria, sexista, racista o que atente contra los derechos humanos de las personas, y fomentar el diálogo intercultural, la integración política, económica y cultural de los ciudadanos, pueblos, colectivos humanos y propender a la educomunicación.⁵¹²

Los medios audiovisuales son aquellos a los cuales los receptores del mensaje pueden acceder por medio de los sentidos del oído y la vista, para lo cual se apoyan en dispositivos capaces de difundir sonidos e imágenes para transmitir la información, tal es el caso de la televisión y el cine.

⁵¹² La Ley orgánica de comunicación del Ecuador fue publicada en el Registro Oficial N° 22 del 25 de junio del 2013 (Nota de lautor)

Desde que la televisión irrumpe en la cultura, más o menos en los años de 1930 hasta nuestros días, sin lugar a dudas, constituye el medio de comunicación con mayor influencia en el planeta, debido a sus características de inmediatez informativa, utilización combinada de imágenes y sonido, interacción con la teleaudiencia, y su diversidad en la oferta de programación. Aún hoy en día, y a pesar de la existencia de otros medios de comunicación, la televisión mantiene su nivel de influencia global.⁵¹³

En cuanto al cine, existe cierto debate respecto a si es un medio de comunicación, una expresión artística, o un medio de entretenimiento con cierta trascendencia, sin embargo, e históricamente cuando el cine inicia, fue usado para transmitir mensajes informativos; de hecho en Italia durante los tiempos del fascismo y en la Alemania Nazi fue un efectivo medio de propaganda, que utilizaron los gobiernos para promocionar cuestiones de interés de aquellos. Si bien al día de hoy, se ha generalizado la idea del cine como sinónimo de entretenimiento, historias de ficción y efectos especiales, no debemos descuidar su alcance y posibilidades para incidir en la generación de imaginarios sociales e incidir en la vida de nuestras sociedades.⁵¹⁴

Del mismo modo, otro medio de gran importancia en la historia de la humanidad, ha sido la radio, que emplea un formato sonoro para transmitir la información y cuya importancia radica en la facilidad del proceso de producción, ya que sin necesitar de un gran equipo humano, los comunicadores radiales con escasos recursos logran salir al aire siendo tal vez uno de los medios más importante de difusión de pensamiento contrahegemónico por su bajos costes Actualmente, hay una fuerte tendencia a hacer radio web, utilizando internet mediante *streaming*, es decir una forma de distribución multimedia que funciona por medio de un búfer de datos, que no otra cosa sino un espacio de memoria.

En cuanto a los medios impresos, cuyo origen se encuentra en la invención de la imprenta, se refieren naturalmente a periódicos, revistas, folletos, boletines, panfletos y, en general, a todas las publicaciones impresas en papel que tengan como objetivo

⁵¹³ Sobre este tema recomendamos la lectura del libro de Pierre Bourdieu, *Sobre la televisión*, (Barcelona: Anagrama, 2005).

⁵¹⁴ Amplia información en Teresa María Mayor Ferrándiz, “El cine nazi: judíos versus arios, estereotipos y películas”, *Revista de claseshistoria*, No. 256 (15 de noviembre de 2011), <<http://www.claseshistoria.com/revista/2011/articulos/mayor-cine-nazi.pdf>>, consulta: 20 de septiembre de 2014.

informar. En la hora presente se habla de una crisis de los medios impresos, debido a las características de otros medios como la propia televisión y más recientemente el internet, decimos que hoy vivimos en la sociedad de la información, y la forma de acceder a la información ha cambiado; sin embargo aún mantienen cierto prestigio los periódicos, pues los lectores, consideran que son capaces de transmitir una información más compleja y elaborada, y una mayor fiabilidad en cuanto a investigación y contenidos, favoreciendo la formación de la opinión pública.

Cabe señalar que para fines académicos o investigativos la ventaja de los medios impresos radica en que se puede volver a una publicación determinada las veces que sea necesario para analizarla, citarla compararla, o criticarla.

En cuanto a los medios digitales, actualmente se encuentran en plena expansión hacia todos los sectores de la sociedad, y entre otros son blogs, revistas virtuales, las versiones digitales y audiovisuales de los medios impresos, páginas web de divulgación y difusión artística, emisoras de radio virtuales, páginas de transmisión *on line* de películas, entre otros, con características que los hacen muy atractivos.

Sin embargo, no podemos negar que existen medios de comunicación que están en manos de ciertos poderes que operan a escala planetaria, y transmiten valores que homogeneizan amenazando las identidades culturales, frente a otros medios de comunicación que realizan un trabajo alternativo y contrahegemónico.

Por otra parte existe el problema que al profundizarse la llamada la brecha digital, también se ahonda la brecha cultural, en función de la ampliación de las asimetrías comunicacionales que separan de manera notoria cada vez más a los países ricos de los pobres; en esta lógica, y para Ecuador, al igual que muchos países de América Latina, es indiscutible la posición hegemónica de los EUA.⁵¹⁵

En este escenario, el quehacer de cantautores, trovadores, bardos y cantaescritores, es difícil, pues desde los medios de comunicación se marcan unas tendencias las

⁵¹⁵ “Nuestros procesos de evolución cultural sufren un persistente retraso histórico. A diferencia de otros países del llamado Primer Mundo, y dentro del generalizado menosprecio por la cultura en el que sucesivas minorías dominantes han mantenido a nuestro pueblo por generaciones y generaciones, es notorio que aquí se han marginado casi siempre de los dominios de la cultura a la ciencia y la técnica, considerándolas como “artes” utilitarias. Aunque nos parezca increíble, esta situación se mantiene entre ciertas clases dirigentes y otros referentes sociales. Atenuada, incluso camuflada, pero se mantiene.” <http://dit.upm.es/~fsaez/OtrosArticulos/infotecnologiaBrechaculturalp.html>, consulta 3 de julio 2017.

específicas para hacer de la canción no una expresión artística, sino un producto comercial para las masas, y por consiguiente el sonido y el mensaje superficial de entreteniendo, distracción y jovialidad, busca la satisfacción auditiva inmediata de un público acrítico, formado por oyentes adiestrados por los medios de comunicación.

Frente a esta situación, los creadores tratan de abrir otros caminos alternativos donde hay *otra vida cultural* con ideas, sueños, historias, sentimientos y detrás de aquellos seres humanos, y justamente uno de estos caminos es en el que se mueven y transitan se mueven de cantautores, trovadores, bardos y cantaescritores alternativos a la cultura de masas alienante y *de moda* impuesta en la actualidad desde los poderes que controlan la cultura en los Estados, las industrias culturales, y los medios de comunicación.

La existencia de música con fines comerciales, en nada debería influir en la vida de otras expresiones artísticas, aunque fueran también musicales, de hecho siempre ha existido cierta separación entre una y otras además en principio no habría nada negativo en aquello; lamentablemente la práctica del capitalismo salvaje en la cultura, ha conducido al hecho que mercantilizadas estas expresiones del arte, hayan degenerado en un banal negocio que presentando a las canciones con unos tintes de producto manufacturado, a través de diversas estrategias las imponen a personas disminuidas a la condición simple condición de consumidores.⁵¹⁶

3.1.7. Canción de autor, libertad de creación y expresión artística e industria musical

La industria musical de consumo es un fenómeno que si bien está relacionado con la creación y expresión del arte es distinto y tiene su origen en la invención del gramófono, puesto que:

⁵¹⁶ “De esta manera, en un panorama musical cada vez más perverso por la necesidad de hacer que la música rinda económicamente, las nuevas generaciones, que nacieron en los años noventa, en muchos casos solo conocen la vertiente comercial de la música. La entienden solo como producto, la compran troceada en piezas de 3 o 4 minutos desde su terminal de telefonía móvil, sin preocuparles quién la escribió, o qué le motivó a hacerlo. Ni siquiera se preocupan de qué canciones acompañaban al single dentro del álbum, porque el disco como concepto desapareció con el avance de Internet. Tarea de todos es hacer que el proceso se revierta en algún momento, para hacer que las generaciones que vienen entiendan la música primero como una forma artística de expresar emociones, y después, nunca antes, como un producto.” Seijas Pablo, *La música comercial y la música no comercial*, <<http://www.sineris.es/jcftinpan.html>>, consulta 3 de julio 2017

La aparición de una industria basada en una innovación capaz de hacer la reproducción del arte independiente del tiempo y el espacio es, como tal, una historia interesante. Sin embargo, no es posible derivar de la teórica brillantez de su historia anterior ningún tipo de receta de sostenibilidad para el futuro. El futuro de la industria discográfica (no de la creación artística) estará ligado a la habilidad de los directivos de las compañías implicadas para lograr una posición de sostenibilidad competitiva y ser capaces de dar origen a una generación de valor en el seno del nuevo entorno tecnológico, pero en modo alguno resulta coherente vincular dicho futuro al de la creación artística como tal. El arte seguirá existiendo aunque las industrias encargadas de distribuirlo en CD estén muertas y enterradas.⁵¹⁷

Muchos estudios de carácter económico sugieren que todavía la industria musical genera enormes cantidades de dinero, a pesar de los cambios tecnológicos que la están sacudiendo:

Mientras los principales agentes del entramado musical parecen estar aún más preocupados intentando asimilar el caos en el que se ha convertido su negocio que en encontrar posibles soluciones, cada día emergen compañías que han sabido interpretar la nueva realidad online y sacar el máximo provecho a la misma. Plataformas como Soundcloud a los cada vez más numerosos servicios de hosting se convierten en herramientas al servicio del usuario sin tener que pasar cuentas con nadie. La conclusión más positiva de ello es que nunca antes los artistas habían tenido tan en su mano convertirse en estrellas sin la necesidad de que las grandes compañías medien en ello, casos tan diversos como los de Justin Bieber, Taylor Swift u Odd Future son un buen ejemplo de ello. Pero si esto se convierte en la norma, será la sepultura definitiva del negocio musical tal y como se ha conocido hasta hoy. Y entonces solo quedará empezar de cero.⁵¹⁸

Esta información resulta útil para imaginar los intereses que existen detrás de esta actividad industrial, más que artística, por un momento reflexionemos lo que significa que en el año 2014, solamente los ingresos por derechos de comunicación pública a nivel mundial superaron el umbral de los US \$ 1.000 millones en 2013. Los ingresos obtenidos por esta categoría –utilización de música grabada en los medios de comunicación y en los establecimientos comerciales– ascendieron a US \$ 1.100 millones, tras aumentar un 19%

⁵¹⁷ Enrique Dans, “Cambios en la industria musical, actualidad musical on line”, http://profesores.ie.edu/enrique_dans/download/musica-pca.pdf, consulta: 14 de octubre de 2014.

⁵¹⁸ Franc Sayol, “¿Dónde está hoy el dinero en la música? El desconcierto de la industria”, http://www.playgroundmag.net/articulos/columnas/hoy-dinero-musica-desconcierto-industria_5_1042145780.html, consulta : 20 de junio de 2016.

respecto del año anterior, y hoy día representan el 7% de los ingresos totales de la industria.⁵¹⁹

Todos sabemos que en el mundo de hoy los grandes grupos dedicados a la comunicación poseen varios medios tales como canales de televisión, emisoras radiales prensa escrita y que el negocio de la música de consumo en aquellos medios es de capital importancia, y en este escenario, la televisión siendo la reina de las industrias culturales cumple un rol central, capaz de someter a su lógica el ejercicio del arte y la cultura, como es el caso de MTV, HTV, Zona Latina, VH1, etcétera.

Sin embargo, la nueva lógica del mercado en la sociedad de la información hace que ya no se venda música, sino artistas, todo ello condicionado al consumo casi instantáneo, a la comercialidad sobrevalorada, a las grandes campañas de marketing y por supuesto al olvido fácil y rápido de lo producido sin dejar lugar a lo duradero, con lo que se ha condenado a la canción a perder su contenido artístico para volverla un producto desechable.⁵²⁰

En medio de estas contradicciones, los cantautores, trovadores, bardos y cantautores, y sus expresiones más artísticas que comerciales, tienen problemas para acceder a los medios de comunicación, a veces no cuentan con plataformas adecuadas para sostener su producción, que generalmente y salvo algunos casos es independiente, y entonces la canción de autor se atrincheró en la no industria musical.

En el caso ecuatoriano, las cosas son bastante especiales, pues es un país con profunda convicción artística desde tiempos inmemoriales, al punto que existen evidencias materiales que guardan nuestros museos, que en estas tierras hace tres mil años se hizo música con instrumentos de viento fabricados con tibias humanas, y la llegada de los europeos posibilitó un sincretismo que enriqueció aún más el arte nacional.

Sin embargo, en la hora presente, y en un país cuya economía depende de la producción de bienes primarios no existe una industria de la música en Ecuador, a

⁵¹⁹ Información tomada de la edición 2014 del Anuario, “La industria discográfica en cifras”, IFPI, <<http://www.ifpi.org/>>, consulta: 14 de octubre de 2014.

⁵²⁰ Sobre el tema recomendamos la lectura del libro: Jacques Attali, *Ruidos: Ensayos sobre la economía política de la música* (México: Siglo XXI, 1995).

diferencia de lo que aconteció en la segunda mitad del siglo XX, en que si existió al menos una incipiente industria musical.

El primer inversionista ecuatoriano fue José Domingo Feraud Guzmán, quien ha pasado a la historia de la musicología nacional, al haber financiado una grabación del dúo Ecuador, integrado por los reconocidos artistas Enrique Ibáñez Mora y Nicasio Safadi, en la ciudad de Nueva York. En el año de 1946, el guayaquileño Luis Pino Yerovi constituyó la primera empresa ecuatoriana vinculada con música, llamada justamente Industria Fonográfica Ecuatoriana S.A. IFESA.⁵²¹ Feraud Guzmán constituiría al poco tiempo la empresa FEDISCOS, cuya que permitió la consolidación de otras casas disqueras, tales como FADISA, FAMOSO, PSIQUEROS, entre otras.⁵²² Posteriormente arribarían también transnacionales como EMI, Sony, Warner-MTM, Universal, y con ellas aparecerían empresas editoras, encargadas de la administración y negociación de las composiciones y temas musicales. Para el año de 1973 se funda la primera sociedad de gestión colectiva de derechos, llamada Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador cuyas siglas son SAYCE, encargada de recaudar y repartir las regalías generadas por el uso de las obras de sus afiliados. En el mercado doméstico existieron varios almacenes, tiendas y distribuidoras de discos vinculadas con las empresas de producción de espectáculos. Este era, a breves rasgos, el escenario de la industria musical hasta el final del siglo XX.

Con los cambios sociales suscitados a partir de la caída del muro de Berlín y la llegada avasallante del proceso de transnacionalización del capitalismo, la industria discográfica local mutó, y ya que seis grandes empresas dominaban aproximadamente el 80% del mercado mundial de música, Sony, Polygram, Warner, BMG, Thorn, EMI y MCA y veinte empresas editoras manejaban una proporción similar, simplemente absorbieron a las empresas locales, todo ello por supuesto favorecido por las políticas estatales ecuatorianas que pretendieron fortalecer el modelo neoliberal a partir de 1992, bajo la presidencia de Sixto Durán-Ballén.⁵²³

⁵²¹ Industria Fonográfica Ecuatoriana S.A. (IFESA), con sede en Guayaquil, Ecuador.

⁵²² Se recomienda la lectura del artículo, “La no industria musical en Ecuador: Hacia la recuperación de un paciente terminal”, *Cartón Piedra* (Quito), <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/carton-piedra/1/la-no-industria-musical-en-ecuador-hacia-la-recuperacion-de-un-paciente-terminal>, consulta: el 20 de junio de 2016.

⁵²³ *Ibíd.*

Para los años 90 y con el apareamiento de los formatos digitales, concretamente el CD y el apareamiento de otros formatos digitales comprimidos, tales como el mp3, la industria discográfica ecuatoriana, termina por colapsar, porque además por esa misma década el país enfrenta una gran crisis financiera que condujo a que en el año de 1999 ocurriera durante el gobierno Jamil Mahuad, un feriado bancario, el congelamiento de los depósitos de los ecuatorianos, y un salvataje bancario, que destruyó la economía nacional.

En estas adversas condiciones, la cultura como siempre fue la más afectada, y el CD y el DVD se volvieron en artículos de lujo, lo que en contrapartida motivó el apareamiento del mercado informal de discos caseros, llamados en el argot popular *discos piratas*, actividad que permitió a muchas familias humildes a enfrentar el día a día. Los comerciantes informales fueron capaces de ofrecer un producto alternativo con un valor casi veinte veces más barato que el valor del producto original, y entonces la población empobrecida, que no podía darse el lujo de pagar cantidades exageradas por un CD o un DVD, apoyó esta actividad declarada ilícita por la propia Ley de Propiedad Intelectual vigente, y por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), que en la práctica no pudieron y hasta la actualidad no han podido hacer nada al respecto. Lógicamente, las transnacionales empezaron a sufrir pérdidas en Ecuador, y decidieron cerrar sus puertas.

El Ministerio de Cultura, a través de la Dirección de Emprendimientos e Industria Fonográfica, realizó un diagnóstico de las actividades de la industria del disco, cuyos resultados fueron que no existe ninguna empresa clasificada cuya actividad principal sea la música, y frente a ello más de 2.200 tiendas informales de CD y DVD, 24 tiendas formales a nivel nacional, y alrededor de 7'700.000,00 dólares de evasión en el pago de regalías por derechos patrimoniales en CD, debido a la alta circulación de productos piratas.⁵²⁴

A esto hay que sumar la evasión que hacen los medios privados de comunicación por derechos de difusión, ya que según el mismo estudio, de 1.170 radios y 515 canales a nivel nacional, apenas un 15% pagan estas regalías, convirtiéndose los medios privados en los más notables violadores de los derechos de los autores y compositores.

⁵²⁴ Información disponible en el Ministerio de Cultura del Ecuador (Nota del autor).

Al no existir empresas, los músicos y más aún cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, buscan formas de autogestión para financiar sus trabajos, sin que pasen por los ilógicos filtros de estudios de mercado, tendencias, y modas, y entonces la difusión aparece como una severo problemas, pues por ejemplo las radios, al ser la plataforma que podría ayudar a hacer conocer la música, realizan condicionamientos sobre la música que debe ser producida en Ecuador, basados como no podría ser de otra manera en modelos extranjeros, de modo que hasta 2012 solo el 9% de la rotación total en radios era de producción ecuatoriana, lo que se traduce económicamente a que solo el 27% de las recaudaciones por derechos de autor se quede en el país, mientras que el 73% va a los titulares de las producciones más promocionadas en radios que son justamente las transnacionales.⁵²⁵

Por otro lado, la lógica arancelaria castiga despiadadamente a los creadores independientes, basta señalar que los instrumentos musicales, una de los elementos insustituibles en la creación, están gravados con un 30% de arancel, como si se trataran de artículos de lujo, de modo que él para trabajar con insumos de alta calidad debería tener elevados ingresos económicos para poder costear su trabajo.

En la programación de los medios de comunicación del Ecuador, predominan como expresiones más populares y más rentables la cumbia, la chicha y algo de pop en su mayoría y con algunas excepciones con un bajo nivel de calidad en la producción, siendo mucho más preocupante la calidad de los valores, ideas y planteamientos estéticos que se transmiten.

⁵²⁵ Ibíd.

Salvo contados espacios como el programa *Canciones imprescindibles*⁵²⁶, transmitido por Radio Pública del Ecuador⁵²⁷, y unos cuantos que no han logrado tener mayor trascendencia en la radio, los medios de comunicación en general han dado la espalda a la canción de autor en Ecuador, presentándola como una expresión marginal y minoritaria.

Las producciones de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores ecuatorianos, están dirigidos a un público muy específico interesado en escuchar otro tipo de música que no sea lo meramente comercial. En la década de los 80 las canciones pasaban de mano en mano en cassettes, y en los 90 en CD y hoy gracias a la portabilidad en formatos digitales más avanzados; sin embargo, el disco tal y como lo conocemos es un bien cultural que esta poco a poco desapareciendo.

Los programadores de espacios musicales en los medios, y burócratas atrincherados en las instituciones culturales públicas que no entienden la importancia de la libertad de creación y expresión artística, han condenado al anonimato a la canción de autor ecuatoriana que resiste en condiciones muy difíciles.

La propuesta estética de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores ecuatorianos, reclama el mismo espacio que tienen otras expresiones para ampliar las posibilidades de crear y expresar arte, se trata de hacer un canto mejor, se trata de rescatar el carácter oral de la poesía, se trata de resistir para no convertirse en desaparecidos culturales.

En la última edición del encuentro de la canción poética ecuatoriana, realizada en el mes de septiembre de 2014, en la ciudad de Quito, no estuvo presente absolutamente

⁵²⁶ “Canciones imprescindibles se presenta como un espacio donde la música se convierte en una bandera que flamea por varios lugares geográficos e históricos; un transporte a través del tiempo, la imagen y el espacio. El programa recoge las canciones que han acompañado a los individuos y a los pueblos, que son parte de la historia latinoamericana. Autores como Jatari, Pueblo Nuevo, Mercedes Sosa, Víctor Jara, Inti Illimani, Los Illinizas, entre muchos otros tienen una cita con el público conector de lunes a jueves de 19:30 a 21:00. Hace varios años nació con el nombre de Canto latinoamericano, para Sandra Martínez, conductora del programa, la música es la compañera del hombre y de las colectividades, puesto que refleja las realidades en las que se ha gestado. La historia de la afición y la investigación de la música latinoamericana nació cuando Sandra era una niña, época en la que escuchó hablar por primera vez de Víctor Jara. Desde allí fue descubriendo a cantores que enriquecieron su oído musical y su curiosidad por la historia, en <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/espectaculos/22/canciones-que-son-imprescindibles>, consulta 7 de julio del 2017

⁵²⁷ Radio Pública del Ecuador es una emisora de radio ecuatoriana propiedad del Estado a cargo de la Secretaría Nacional de Comunicación, que comenzó a funcionar el 18 de agosto de 2008. (Nota del autor)

ningún medio de comunicación ni absolutamente ningún otro órgano de difusión nacional. En un país donde hemos reivindicado los derechos culturales, en el que hemos garantizado la libertad de creación y expresión artística, en el cual el arte es alimento fundamental del patrimonio cultural, en el cual con la creación del Sistema Nacional de Cultura existe la posibilidad de orientar la cultura, y en el cual a través de la Ley de Comunicación se dice que se abre nuevas posibilidades para mejorar la condición de los artistas ecuatorianos, todo el talento, esfuerzo, y potencial de la canción de autor ecuatoriana, lamentablemente se está dejando morir; mientras los artistas poco a poco asumen con resignación que su trabajo no será escuchado y que al final, todo se reduce a un profundo compromiso personal con el arte.

En este tema se puede señalar que el Ecuador siempre ha sido un espacio de convivencia humana que ha generado música, evidencias que aún existen en los museos nos muestran que la música ya era parte de la vida de los ancestros desde hace más de cuatro siglos.⁵²⁸

En Ecuador podríamos decir que en la hora presente no existe industria musical, pues si revisamos la página web del Servicio de Rentas Internas (SRI), no encontramos ninguna empresa cuya actividad principal corresponda la música; sin embargo en nuestro país existió, durante toda la segunda mitad del siglo XX, una industria más o menos estable, así pues varios musicólogos consultados par esta investigación como Julio Bueno y José Marzumillaga, señalan que de la Industria Fonográfica Ecuatoriana S. A. (IFESA) salió la primera producción discográfica hecha en el país; un acetato de 78 revoluciones por minuto que en su cara A contenía el pasillo *En las lejanías*, de Rubira Infante y Wenceslao Pareja, y que al cabo de unos años Feraud Guzmán constituyó la empresa FEDISCOS, cuya consolidación dio paso a otras casas disqueras, tales como FADISA, FAMOSO, PSIQUEROS, entre otras, a las que posteriormente se sumarían empresas transnacionales como EMI, Sony, Warner–MTM, Universal.

⁵²⁸ Según Gerardo Guevara considera que entre 500 años ade C. y 500 d.de C. en el período de desarrollo regional, se habrían dado las condiciones para el apareamiento de la música ecuatoriana, llegando desde aquellos tiempos remotos hasta nosotros dos ritmos fundamentales: el danzante y el yumbo. Amplia información en Guevara Gerardo, *Historia de la música del Ecuador* (Quito: Ministerio de Educación y Cultura, 2002).

Las tecnologías emergentes que empiezan a dispararse a partir de los años 90 que propiciaron la comercialización del disco compacto o CD, sumado a la crisis financiera que vivió el país en esta misma década, y el incremento del mercado informal de música denominado coloquialmente como piratería, condujo a la desaparición de la industria musical ecuatoriana.

En la actualidad lo que tenemos es artistas produciendo de manera independiente, y unos pocos locales de comercialización, lo cual al final ha terminado beneficiando a los empresarios de espectáculos, y precarizando el trabajo de los artistas.

“El año pasado, el Ministerio de Cultura, a través de la Dirección de Emprendimientos e Industria Fonográfica, llevó a cabo un diagnóstico de las actividades de la industria del disco. Las cifras y los resultados arrojados son claros: 0 empresas clasificadas cuya actividad principal sea la música. Más de 2.200 tiendas informales de CD y DVD vs. 24 tiendas formales a nivel nacional; y una industria que pierde anualmente cerca de US \$ 177'838.633,00 debido al gran tamaño del mercado informal; y alrededor de US \$ 7'700.000,00 de evasión en el pago de regalías por derechos patrimoniales en CD, debido a la alta circulación de piratería. Esto sin tomar en cuenta la evasión que hacen los medios privados de comunicación por derechos de difusión. De 1.170 radios y 515 canales a nivel nacional, apenas un 15% paga estas regalías, convirtiéndose los medios privados en los más grandes piratas de cuello blanco”.⁵²⁹

Tras lo señalado se demuestra que en Ecuador, la industria musical prácticamente es inexistente, y en este dramático escenario la producción independiente de la canción de autor se ha vuelto un acto quijotesco, pues los cantautores no tienen ni posibilidades de difusión y peor aún mercado para su trabajo, y las obras poético musicales terminan siendo obsequiadas o subastadas a precios insignificantes, de modo que el quehacer de los cantautores nacionales no es más que una suerte de voluntariado por la cultura.

⁵²⁹ *Ibíd.*

3.1.8. Libertad de creación y expresión artística, uso del espacio público y canción de autor

En principio diremos que el espacio público corresponde a aquel lugar, sitio y extensión de un núcleo urbano, en el cual las personas tienen derecho a permanecer, encontrarse y circular libremente como parte de su convivencia en sociedad, ya sean espacios abiertos como por ejemplo plazas, calles, parques; o espacios cerrados tal es el bibliotecas públicas, centros culturales públicos, centros comunitarios, etcétera.

El espacio público se expresa en ámbitos tales como el físico territorial, el social, el cultural, el político, el económico y el ambiental.

El concepto espacio público está directamente relacionado con el derecho a la ciudad, una reivindicación que desde los años de 1990 viene desarrollándose, y que según *La carta mundial por el derecho a la ciudad* planteada en el Seminario Mundial por el Derecho a la Ciudad Contra la Desigualdad y la Discriminación, realizado durante el II Foro Social Mundial en Porto Alegre, en enero de 2002,

es definido como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos.⁵³⁰

Un elemento clave que se debe entender es que siendo la ciudad un producto cultural fruto de los complejos procesos de convivencia humana, contituye por su naturaleza un espacio de intercambios, en el cual coexiste la cultura, las formas de comunicación, los interrelacionamientos humanos, las identidades culturales, las costumbres, el comercio y el arte.

⁵³⁰ “Carta mundial por el derecho a la ciudad”, *Revista Paz y Conflictos*, No. 5 (2012), http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=50&Itemid=3, consulta: 21 de junio de 2016.

En términos generales entonces, la gobernanza democrática de una ciudad debería garantizar el ejercicio pleno de la ciudadanía en todas sus dimensiones, y por supuesto la ciudadanía cultural, reconociendo como la más alta expresión de dicho ejercicio a la libertad de creación y expresión artística, plenamente garantizada, tutelada y promovida en el espacio público colectivo.

Como no podría ser de otra forma, y reafirmandose una vez más el carácter interdependiente de los derechos de las personas, el derecho a la ciudad está íntimamente vinculado con el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.⁵³¹

La Observación General No. 21, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) señala que para la plena realización del derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, se requiere de algunos elementos fundamentales, como son en la *disponibilidad de bienes y servicios culturales* que todas las personas puedan disfrutar y aprovechar, para lo cual se requiere de infraestructura necesaria como bibliotecas, museos, teatros, salas de cine y música, auditorios, etc. y el acceso democrático a esta infraestructura para el ejercicio de la literatura, el folclore, y las artes en todas sus manifestaciones, pero además se refuerza este acceso a la cultura con la redefinición de aquellos espacios abiertos compartidos, como parques, plazas, avenidas y calles y dones de la naturaleza, como mares, lagos, ríos, montañas, bosques y reservas naturales.⁵³²

Del mismo modo, cuando la Observación General No. 21 se refiere a la *accesibilidad* señala que todas las personas deben disponer de oportunidades efectivas y concretas para disfrutar plenamente de una cultura que esté al alcance físico y financiero de todos, tanto en las zonas urbanas como en las rurales, sin discriminación de ninguna naturaleza.

⁵³¹ Artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ampliamente desarrollado en la Observación General No. 21 de la Organización de las Naciones Unidas (Nota del autor).

⁵³² Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Observación general N° 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) el texto íntegro puede leerse en www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc, consulta: 21 de junio de 2016.

En el caso del ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, la gestión arbitraria y antidemocrática del espacio público, se convierte no solamente en un obstáculo para el ejercicio de esta libertad cultural, sino una evidente vulneración del mismo:

Las personas que participan en actividades creativas enfrentan múltiples dificultades, como, por ejemplo: a) la renuencia de la burocracia a autorizar el uso gratuito de los espacios públicos y la demora en hacerlo; b) la arbitrariedad en la concesión de permisos y la exigencia de obtener autorizaciones múltiples de diversas autoridades; c) la censura de los contenidos antes de conceder la autorización; d) sistemas inadecuados o abusivos de concesión de licencias a los artistas callejeros y a la actuación en vivo; y e) la invasión cada vez mayor del espacio público por la propiedad privada.”⁵³³

Efectivamente, el señalamiento de la Relatora de los Derechos Culturales, Farida Shaheed, evidencia que uno de los mecanismos más frecuentes para limitar y obstaculizar el derecho a la libertad de creación y expresión artística para los cantautores está comprometido con la tarea de darle a la canción el lugar que le corresponde en el arte,⁵³⁴ pues tratándose de una reivindicación tanto del carácter artístico de la canción cada cantautor, trovador, bardo o poeta escritor con su trabajo busca la posibilidad de plantear a través de la poesía y el canto una forma de comunicación inteligente, ya que coincidiendo con el cantautor español Ismael Serrano, “[...]pienso que decir que se canta para cambiar el mundo es muy pretencioso, pero cantar sirve para crear puentes de diálogo, para que la gente se cuestione, reflexione y, sobre todo, sepa que no está sola”⁵³⁵ y esto generalmente resulta incómodo para el poder.

Para la cantora peruana Miryam Quiñones, en Latinoamérica en general, hace falta contar con más espacios adecuados para mostrar la propuesta de quienes hacen canción de autor, y se requiere además que se empiece a descentralizar la actividad, creando

⁵³³ Shaheed, “El derecho a la libertad” (Nota del autor).

⁵³⁴ Luis Eduardo Aute, en una entrevista concedida a diario *El Universo* en Ecuador, y que fue publicada en su edición del viernes, 27 de septiembre de 2013 manifestó: “Yo creo que escribir una buena canción es más difícil que pintar un cuadro o escribir una buena novela. Tal vez exagero, pero no del todo. Una canción es algo que dura tres o cuatro minutos y ahí hay que contar algo que tenga interés, algo que llegue a conmover, que haga reflexionar. La escritura tiene que ser buena, muy sintética, con desarrollo, nudo y desenlace en ese corto tiempo” (Nota del autor).

⁵³⁵ Entrevista de Jorge Caballero a Ismael Serrano “El terrorismo es arma electoral de la derecha española: Serrano”, publicada en el periódico *La Jornada* de México en su edición del lunes 8 de marzo de 2004.

auditorios y salas culturales bien acondicionadas, con todo lo necesario para poder ofrecer un espectáculo de calidad.⁵³⁶

Por tanto debemos señalar que a más de la falta de espacios adecuados para el ejercicio artístico de creación y expresión de la canción de autor, se suman los obstáculos que impiden acceder al espacio público colectivo.

En Ecuador, y pese a la gran tradición artística que conjuga música popular con poesía, que viene desde la llamada época de oro del pasillo de principios del siglo XX y que constituye un género erigido en símbolo de la identidad cultural ecuatoriana, cuyos textos están completamente influenciados por la poesía modernista,⁵³⁷ el trabajo poético-musical de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores ecuatorianos, es muy poco apreciado, posiblemente por su carácter emancipatorio, su actitud crítica, sus textos reivindicativos, concienciales y testimoniales, que en más de una ocasión se tornan incómodos para el poder, a ello obedece la infinidad de agresiones, censuras, obstáculos, e indiferencia concertada que enfrenta la canción de autor ecuatoriana.

Un ejemplo claro de las dificultades que enfrentan los cultores de la canción de autor en Ecuador, y que tiene que ver con el acceso a espacios para difundir su propuesta artística, está vinculado al hecho que existe un circuito demasiado limitado para las personas que intentan presentar su trabajo con su propio nombre, de modo que si se trata de un cantautor, trovador, bardo o canta escritor hay mayor dificultad de acceso al proscenio, sin embargo, si se trata de un grupo de pop, rock, músicaailable u otro género se abren mayores y mejores oportunidades de acceso a la escena y concomitantemente la difusión entre el público es mayor, lo que evidencia que tratándose de la canción de autor, el acceso al espacio público se torna mucho más difícil que para otras expresiones artísticas.

Efectivamente para políticos, empresarios, oligarcas y explotadores, es mucho mejor que la música no cuestionese el *status quo*, que no se acerque a sus intereses, que no haga pensar a la gente, y por tanto mientras más fatua es la canción en su propuesta, mejor

⁵³⁶ Escribano Pablo, *Entrevista a Myriam Quiñonez, La Republica .pe/ Cultural*, <<http://www.larepublica.pe/>>, consulta: 15 de octubre de 2014.

⁵³⁷ Amplia información en Jorge Núñez, "Pasillo: canción del desarraigo", *Cultura* 3 No. 7 (mayo-agosto de 1980) (Quito: Banco Central del Ecuador): 7.

recibida es, y en tanto más superficial es el contenido de una canción esta mayormente garantizada su libertad de expresión.

Sobre el uso del espacio público que puede hacer la canción de autor, son notables las experiencias en el mundo, en Valparaíso Chile, por ejemplo existe un encuentro anual llamado *La noche en los balcones*, que nace a partir de la figura poética de la serenata, este reúne a cantautores nacionales que comparten como escenario tres balcones de Plaza Aníbal Pinto, y van cantando sus canciones intercaladamente, acompañados de un instrumento.⁵³⁸

La Biblioteca Pública, también se ha convertido en un espacio para la difusión de la canción de autor, tal es el caso del evento organizado por la Consejería de Educación, Cultura y Mujer del Gobierno de la ciudad autónoma de Ceuta, que el 25 de junio de 2014 organizó un concierto bajo el título de *Poesía Cantada*, con el cantautor Ramón Tarrío, que se realizó en la terraza de la séptima planta de la Biblioteca Pública.⁵³⁹

En Cuba, el destacado trovador cubano Silvio Rodríguez realiza una gira por barrios populares en diferentes ciudades de la isla, periplo que inició en el año 2010 y aún continúa, se destaca que los conciertos del artista se presentan en las barriadas de las zonas con mayores problemas habitacionales y sociales.⁵⁴⁰

Por otra parte, el artista Manuel García, en la estación Baquedano de la Línea 1 del Metro de Santiago en Chile, exhibió su disco *Retrato Iluminado* frente a un público de más de 500 personas, ofreciendo más de una hora de canciones en plena estación.⁵⁴¹

⁵³⁸ Amplia información sobre este festival puede leerse en la página web de la Dirección de turismo de la ilustre Municipalidad de Valparaíso, <<http://www.ciudaddevalparaiso.cl/festivales.html>>, consulta: 22 de junio de 2016.

⁵³⁹ “El cantautor Ramón Tarrío lleva su poesía cantada a la Biblioteca Pública”, 24 de junio de 2014, *La Verdad de Ceuta*, <<http://www.laverdaddeceuta.com/index.php/politica/43-cultura/22445-el-cantautor-ramon-tarrio-lleva-su-poesia-cantada-a-la-biblioteca-publica>>, consulta: 22 de junio de 2016.

⁵⁴⁰ Iván Soca, “Silvio Rodríguez por los barrios: El 6 de enero en Santa Clara”, 4 de enero de 2017, *Cubadebate*, <<http://www.cubadebate.cu/etiqueta/silvio-rodriguez-por-los-barrios/>>, consulta: 22 de junio de 2016.

⁵⁴¹ Manuel García presenta «Retrato Iluminado», su nuevo disco, en el metro de Santiago, <<http://www.cancioneros.com/co/6431/2/manuel-garcia-presenta-retrato-iluminado-su-nuevo-disco-en-el-metro-de-santiago>>, consulta: 22 de junio de 2016.

En España, Nacho Vegas en 2011 presentó *La Vida Es Dulce* como un homenaje musical al director de cine de Mike Leigh, un montaje centrado en la interacción entre la música del cantautor con escenas y diálogos de distintas películas, en varios cines.⁵⁴²

Las experiencias señaladas en párrafos anteriores demuestran el profundo contenido humanista y cultural que posee la canción de autor, y el aporte cultural que hace, cuando se permite su realización en libertad, y con en condiciones adecuadas; experiencias que contrastan con lo que ocurre en Ecuador, donde hemos quedado atrapados en la imagen del cantor protesta de los años 60, y asociamos a la canción de autor con la moda de un romanticismo de izquierda ensombrecido por el paso del tiempo.

Un estudio realizado por el investigador Jacob Jolij de la Universidad de Groningen en Holanda, sugiere que la música realmente puede definir la manera en la que se percibe una realidad específica,⁵⁴³ y por consiguiente, influye en la forma en que se comprende el mundo, entonces una expresión que integra música con poesía, puede constituir una amenaza para ciertos poderes a quienes les conviene que las personas sean conformistas, acríticas, e indiferentes, y por supuesto, pueblos dormidos, sometidos y resignados.

Por esta razón la respuesta política del poder ha sido la de dar la espalda a una expresión artística emancipadora que provoca que la gente empiece a pensar, y más bien se ha implementado como estrategia el propagar la percepción de que se trata de algo que pasó, que ya no está presente, que es un recuerdo; y de este modo se justifican los diversos obstáculos que implementan para que la canción de autor llegue con mayor fluidez a los escenarios.

Otra estrategia del poder ha sido fomentar la idea que la canción de autor que merece ser escuchada es la que presentan artistas extranjeros, ya que eso nos hace creer que en el país no existen luchas sociales, reivindicaciones colectivas, contradicciones, injusticias, ni grandes ideales y la presencia de cantautores trovadores, bardos y canta

⁵⁴² “Nacho Vegas homenajea al cineasta Mike Leigh con el espectáculo ‘La vida es dulce’”, *20 Minutos*, <<http://www.20minutos.es/noticia/1764343/0/nacho-vegas/homenaje/mike-leigh/>>, consulta: 22 de junio de 2016. Ver <<http://www.20minutos.es/noticia/1764343/0/nacho-vegas/homenaje/mike-leigh/#xtor=AD-15&xts=467263>>.

⁵⁴³ Meurs M. Jolij J. “Music Alters Visual Perception”. Holanda, PLoS ONE 6(4): e18861. doi: 10.1371/journal.pone.001886, 2011.

escritores de otros lugares del mundo se reduce a un espectáculo más, y en algunos casos hasta se faranduliza su paso por escenarios ecuatorianos.

En esta parte no podemos dejar de señalar, que es más fácil para un artista del extranjero lograr mayor apoyo y acceso a los espacios culturales que uno nacional, el cual siempre es subvalorado y despreciado, al extremo que los cantautores únicamente aspiran a ser teloneros y su trabajo cumple con el anodino objetivo de preparar a los asistentes para ser más receptivos con el artista principal.

En el fondo lo que ocurre, es que el poder reacciona frente a una expresión artística crítica que lo confronta, y hace lo posible por romper el vínculo del cantautor con su pueblo, con su gente, con su realidad, para que no pueda llegar a constituirse en una voz que desde lo cotidiano se constituya en un espejo de lo que está pasando en la sociedad.

Los obstáculos para acceder al espacio público, al igual que las dificultades para llegar a medios masivos de comunicación, o los problemas de difusión, son decisiones y políticas direccionadas desde el poder.

Todo impedimento, obstáculo o dificultad de acceso al espacio público, constituyen formas de vulneración a la libertad de creación y expresión artística de los cultores de esta forma de hacer arte que es la canción de autor.

Concomitantemente y como lo hemos señalado en párrafos anteriores, tomando en cuenta los parámetros del informe sobre el tema preparado en 2013 por la Relatora especial de los Derechos Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, los mecanismos empleados para coartar el acceso al espacio público que lesionan la libertad de creación y expresión artística principalmente son:

En primer lugar la renuencia de la burocracia a permitir el uso gratuito de los espacios públicos, generalmente en las ciudades más grandes y organizadas en Ecuador, tales como Quito, Guayaquil y Cuenca, el uso de espacios públicos está regulado a través de ordenanzas, empero en otras localidades las decisiones quedan sujetas a la discrecionalidad de las autoridades de turno o de los mandos medios, y entonces el acceso al espacio público se convierte ya no en un derecho que puede ejercer un artista, sino en una concesión otorgada con el poder, a cambio de sumisión, gratitud, lealtad y complacencia.

En el caso de las ordenanzas, siendo normas que limitan el uso del acceso público, no pueden dejar de tomar en cuenta la dimensión cultural de la ciudad y el pleno ejercicio de los derechos culturales en especial dos de ellos como son el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, y naturalmente el derecho a la libertad de creación y expresión artística, para no hacer especialmente de los espacios culturales, pretextos para que quienes hacen arte sean sometidos a sistemas de control de sus expresiones creativas, limitados en la posibilidad de hacer conocer su trabajo artístico, o simplemente por cuestiones de diversa naturaleza ser impedidos de acceder al espacio cultural colectivo. Por esta razón las normas de regulación del espacio público deben ser debidamente construidas y si es posible se debe hacerlas como la participación democrática de la ciudadanía.

En segundo lugar la arbitrariedad en la concesión de permisos y la obtención de múltiples autorizaciones de diversas agencias u oficinas públicas, ya que uno de los obstáculos más frecuentes para quienes desean presentar su trabajo en el espacio público constituye la maraña de trámites burocráticos, que desestimulan el ejercicio del arte, y que finalmente va a significar un beneficio para la sociedad en su conjunto.

Si bien existen espectáculos que pueden causar algún tipo de impacto, o inclusive requerirse medidas puntuales de seguridad, en términos generales la actuación de un cantautor, trovador, bardo, o poeta escritor es bastante sencilla, pudiendo en muchos casos llegar a reducirse a la presencia del artista con sus textos, una guitarra y un sistema de amplificación convencional.

En estos casos hacer de la obtención de un permiso un vía crucis, para finalmente quedar en manos de la arbitraria voluntad de un burócrata, que posiblemente ni siquiera conoce o entiende, el planteamiento ético, estético y concienzoso de la canción de autor, lo cual a más de incomodo está sujeto a un resultado incierto, pues si el servidor administrativo considera pertinente se otorga el permiso, y si no es así, simplemente niega el permiso sin tomar en consideración si aquello está vulnerando el derecho del artista a expresar la obra fruto de su creación.

En tercer lugar la censura de los contenidos antes de conceder la autorización, de modo que el artista o creador debe tener una actitud sumisa ante quien administra fondos, recursos, o espacios públicos, y censurar su trabajo para no incomodar al poder, caso

contrario es objeto de retaliaciones, que finalmente constituyen una vulneración de la libertad de creación y expresión artística, pues lamentablemente en el orden social en que vivimos el artista necesita de permisos, autorizaciones, y concesiones, siempre sujetas al modo como se comporte el artista, creador o intelectual, y si el proceder no se ajusta a lo esperado, inmediatamente viene la represalia, y en caso de reincidencia la exclusión que amenaza a convertir al artista, creador o intelectual en un *desaparecido cultural*.

En este caso, en particular, vemos como la libertad de creación y expresión artística, no puede ser ejercida libremente, pues al contrario de lo que dice la teoría de los derechos, en la práctica siempre está constreñida por quien ejerce el poder, además la relación entre el artista y quien posee la capacidad de decisión, consiste un claro caso de *heteronomía*,⁵⁴⁴ pues el artista debe doblegarse ante ciertas exigencias, que finalmente terminan por restringir y coartar la referida libertad cultural.

En cuarto lugar los sistemas inadecuados o abusivos para la actuación en vivo, puesto que en la actualidad, la presencia del artista en los escenarios es de capital importancia, y en caso puntual de los cantautores, trovadores, bardos y cantautores, ante la crisis mundial en la comercialización de la música en formatos como el CD, se impone como aspecto central para la realización de su actividad cultural.

Parecería que casos de censura de actuaciones en vivo vinculadas a la de canción de autor, son cosas del pasado, sin embargo en Europa y durante la realización de la presente investigación, ocurrieron dos que pudimos recoger: el primero acaecido el año 2011, la Agrupación Universitaria Carlos Marx de la Universidad Carlos III denunció que este centro de estudios superiores, prohibió un recital de cantautores, organizado como homenaje a José Antonio Labordeta, y enmarcado en la fiesta de la primavera que tiene lugar cada año.⁵⁴⁵ Es necesario resaltar que José Antonio Labordeta (1935-2010) fue uno de los más reconocidos exponentes de la canción de autor española, escritor sobresaliente,

⁵⁴⁴ Según el *Diccionario de la lengua española*, *heteronomía* significa: condición de la voluntad que se rige por imperativos que están fuera de ella misma; se trata de un vocablo que quiere decir dependiente de otro, lo que hace suponer que cuando hablamos de *heteronomía* nos referimos al hecho que la conducta de un individuo no está controlada por su propia conciencia sino por algo exterior a esta, lo que hace que el sujeto en cuestión renuncie a su auto-determinación, razón por la cual Kant formuló este concepto como antagónico al de autonomía (Nota del autor).

⁵⁴⁵ Esta noticia puede leerse en Censura a Labordeta en la Universidad Carlos III de Madrid, <http://www.tercerainformacion.es/antigua/spip.php?article24708>, consulta: 21 de junio de 2016.

reconocido articulista, docente y activista político que llegó a ser diputado en el Congreso por la Chunta Aragonesista en las legislaturas VII y VIII, y que falleció en septiembre de año 2010.⁵⁴⁶

Resultó desagradable que una Universidad impidiese la actuación de cantautores frente a la cafetería del campus de Humanidades, como Marwan, Lucas, Luis Ramiro y Orli Pineda, entre otros, cuya presencia artística convocada por una agrupación universitaria tenía como objetivo honrar el recuerdo de otro cantautor, considerado una figura cultural sobresaliente.⁵⁴⁷

Otro caso paradigmático fue la cancelación del concierto del cantautor español Albert Pla, en Gijón, el mes de octubre de 2013, luego de haber realizado declaraciones al diario asturiano *La Nueva España*, en las que afirmó: “a mí siempre me ha dado asco ser español, como espero que a todo el mundo. Me gustaría que los catalanes fuéramos independientes y que en Gijón se estudiara el catalán por cojones, igual que nos pasa a nosotros ahora”,⁵⁴⁸ el impedimento para la actuación en vivo fue impuesto por el concejal del Partido Popular, Francisco Cubiella, quien pidió la cancelación del acto en el Teatro Jovellanos de Gijón, un espacio cultural de titularidad municipal.⁵⁴⁹

El periodista Miguel Muñoz Ortega, al reflexionar sobre este caso, comenta: “Si el decir “a mí siempre me ha dado asco ser español” en un momento en el que las banderas están en todo lo alto puede hacer cancelar un contrato a un artista, el listón está muy bajo. Luego, salen militares en televisiones (privadas sí, pero con una concesión de licencia que hace el Estado) llamando a la defensa armada de Cataluña y no veo a nadie cancelar la emisión”.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ Fallece José Antonio Labordeta, publicado en el periódico de Aragón http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/aragon/fallece-jose-antonio-labordeta_610841.html (Recurso consultado 23 de junio de 2016)

⁵⁴⁷ Censura a Labordeta en la Universidad Carlos III de Madrid, publicado en tercera información, <http://www.tercerainformacion.es/antigua/spip.php?article24708> (Recurso consultado el 23 de junio de 2016)

⁵⁴⁸ La entrevista completa puede leerse en la versión digital en *La Nueva España*, <http://www.lne.es/gijon/2013/10/16/dado-asco-espanol-espero-mundo/1484451.html>, consulta: 21 de octubre de 2014.

⁵⁴⁹ La ultraderecha llama a boicotear el concierto de Albert Pla en Madrid, publicado en lamarea.com <http://www.lamarea.com/2014/01/20/albert-pla/>, consulta: 23 de junio de 2016.

⁵⁵⁰ Miguel Muñoz Ortega, “La provocación como método (sobre Albert Pla)”, *Periodismo de ida y vuelta*, 17 de octubre de 2013, <http://periodismodeidayvuelta.wordpress.com/2013/10/17/la-provocacion-como-metodo-sobre-albert-pla/>, consulta: 21 de octubre de 2014.

En los casos narrados anteriormente, observamos por un lado el ímpetu para impedir el acceso a un espacio público por parte de quienes administran el sistema de un modo inadecuado y abusivo, y por otro, la actitud extremadamente condescendiente de los artistas afectados, quienes deciden simplemente que los vulneradores de derechos se salgan con la suya, y como mucho el tema llega a los medios de comunicación, y después no pasa absolutamente nada.

La conculcación de los derechos y libertades culturales, es trivializada intencionalmente para seguir afectando la dignidad del artista o del creador, y aunque se recurre al viejo argumento que finalmente la afectación del artista puede repercutir en un mayor rédito en favor de su popularidad, en el deber ser de la garantía de los derechos, nunca jamás deberían darse situaciones de esta naturaleza. Parecería que se considera algo absolutamente normal, corriente y asocialmente aceptable que se pisotee la dignidad de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, de tal modo que el contenido reflexivo, crítico, o político de la canción de autor sitúa a los cultores de este género en una situación de mayor vulnerabilidad.

En quinto lugar, la invasión cada vez mayor del espacio público por la propiedad privada o manejo del dicho espacio público como si fuera privado a través de prácticas despóticas y abusivas, pues como hemos visto, a través de este tema si bien se reconoce la dimensión cultural del espacio público, creemos que el llamado espacio público no se refiere solamente a calles y plazas, existen también unos espacios que son administrados por el Estado y que fueron diseñados con fines estrictamente culturales, sin por ello desconocer las infinitas posibilidades que el espacio público en general brinda a la cultura y más específicamente al arte; sin embargo es justamente en estos espacios culturales en los cuales la situación se vuelve más compleja, pues se trata de lugares de intercambio del pensamiento y la sensibilidad, sitios donde se intenta interpretar la realidad y la imaginación, oportunidades para afinar nuestras percepciones sobre como es el mundo; por consiguiente los espacios culturales son las zonas de humanización de la convivencia humana y por tanto deberían tener un tratamiento especial, capaz de garantizar los derechos y libertades culturales, y muy especialmente, la libertad de creación y expresión artística.

En la práctica estos espacios, son manejados por los burócratas del sector cultura como si se trataran de su absoluta propiedad, pero esto no es casual, se trata de una verdadera apropiación de un patrimonio de todos, cuyo punto de partida no está en la voluntad arbitraria del funcionario de turno, sino en el modelo de gestión adoptado y la definición políticas culturales como parte de una agenda totalmente política diseñada desde quienes ejercen el poder, y que posibilita el adueñamiento ilegítimo del espacio público, y el encubrimiento de esta práctica por medio de instructivos, reglamentos, calendarios, convocatorias, y cumplimientos de requisitos que lo único que hacen es revestir con un ropaje de aparente legalidad, demagógicamente presentada a la opinión pública como gestión cultural técnicamente orientada desde una institución pública.

Al final da lo mismo gestionar un espacio privado o público, porque ambos tienen un patrón que condiciona, permite o restringe el acceso al espacio público; por tanto no solamente hay apropiación del espacio público cultural cuando la administración de este se delega o transfiere a un ente del sector privado, sino también cuando a pesar de ser un espacio administrado por una agencia pública del Estado, este se maneja discrecional o arbitrariamente como si se tratase de propiedad privada.

Frente a estos manejos inusuales del espacio público, que son frecuentes y que conculcan derechos, la Constitución ecuatoriana posee preceptos normativos que garantizan el derecho de acceso al espacio público y a los espacios públicos culturales⁵⁵¹, tal es el caso del artículo 23 que manifiesta que todas las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad, y que el derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales habrá de ejercerse sin más limitaciones que las que establezca la ley y con sujeción a los principios constitucionales.

En este precepto encontramos la conjunción de dos derechos constitucionales de carácter cultural: El derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de

⁵⁵¹ “Apropiarse de un espacio físico y virtual no significa solo hacer presencia. Como explica Judith Butler, ante la creciente regulación del espacio y la expansión de la lógica de mercado, la apropiación del espacio público implica una demanda de ser reconocidos y valorados, de ejercer el derecho a estar, de ejercer la libertad.” Torres Irene, La apropiación del espacio público, en <http://www.eluniverso.com/opinion/2017/06/20/nota/6239887/apropiacion-espacio-publico>, consulta 3 de julio del 2017.

intercambio cultural. Y el derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales, sin más limitaciones que las que establezca la ley.

En el primer derecho con meridiana claridad se hace referencia al espacio público como lugar de intercambio cultural, reconocimiento de un derecho que tiene concordancia con un principio planteado desde la Agenda 21 de la cultura, desde el año 2004: “Las ciudades y los espacios locales son un marco privilegiado de la elaboración cultural en constante evolución y constituyen los ámbitos de la diversidad creativa, donde la perspectiva del encuentro de todo aquello que es diferente y distinto (procedencias, visiones, edades, géneros, etnias y clases sociales) hace posible el desarrollo humano integral”.⁵⁵²

La referida norma consagra que el derecho a difundir en el espacio público las expresiones culturales únicamente puede ser limitado por una ley, y no por otra norma de inferior jerarquía, tal es el caso de un reglamento o de una ordenanza; por tanto debería ser únicamente la Ley de Cultura, la que determine los límites al derecho de difundir expresiones culturales en el espacio público, y que en el proyecto que se encuentra en la Asamblea Nacional no han sido señalados.

Otro precepto constitucional importancia para nuestro análisis es el siguiente:

Artículo 31.- Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de esta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía.

El artículo antes señalado, destaca que el derecho al disfrute pleno de la ciudad, está ligado al disfrute de sus espacios públicos, y que dicho ejercicio se basa en la gestión democrática y el ejercicio pleno de la ciudadanía, debiendo acotar nosotros que no se trata solamente de la ciudadanía civil, política o social, sino también de una ciudadanía cultural, “que hace visibles olvidos y exclusiones de las otras ciudadanías reconfigurando esta desde diásporas, migraciones y sincretismos culturales”.⁵⁵³

⁵⁵² Ver texto completo de la Agenda 21 de la cultura, 31 de enero de 2008, <<http://www.agenda21culture.net/index.php/es/docman/agenda21/222-ag21es/file>>, consulta: 22 de octubre de 2014.

⁵⁵³ Marta Herrera y Diego Muñoz, “¿Qué es la ciudadanía juvenil?”, *Acciones e Investigaciones Sociales* (julio de 2008).

Asimismo no podemos dejar de señalar que según el artículo 380 será responsabilidades del Estado, el asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación cultural y artística nacional independiente, garantizar la diversidad en la oferta cultural y promover la producción nacional de bienes culturales, así como su difusión masiva.

Cuando la Constitución utiliza la frase *responsabilidades del Estado*, quiere decir que se trata de obligaciones, que de ser inobservadas o incumplidas obligarían al Estado a impulsar medidas de reparación en favor de los perjudicados. Debemos además anotar que se tratan indiscutiblemente de obligaciones de hacer efectivo para la plena realización de los derechos y libertades culturales.

Sin embargo, en la praxis cotidiana, son los gobiernos autónomos descentralizados y las propias instituciones públicas, las que dictan las normas, políticas y directrices que finalmente se imponen en cuanto al acceso del espacio público, y los principios constitucionales quedan como letra muerta.

Existe pues una tensión entre los derechos de las personas, frente a las facultades de autoridades y burócratas, que generalmente se resuelve vulnerando los derechos y libertades de creadores y artistas, ante la inactividad del sistema de protección de derechos, la apatía social, y la transigencia de los perjudicados, lo cual sin lugar a dudas constituye una de los principales nudos problemáticos relacionados con el ejercicio del derecho a crear y expresar arte en libertad.

3.1.9. La garantía de acceso al financiamiento público y su relación con la libertad de creación y expresión artística en la esfera de la canción de autor

El financiamiento del arte y de la cultura se ha intentado solucionar por medio de distintos mecanismos, ya sean fuentes de recursos particulares como donaciones, compra y venta de obras, comercialización de entradas a espectáculos, etc., a través de recursos institucionales como los auspicios directos, los fondos concursables, o el financiamiento de eventos, proyectos e iniciativas culturales, y que pueden provenir de organismos del Estado, corporaciones, o tratarse de recursos mixtos.

La reflexión sobre la eficacia y efectividad de las políticas culturales, plantean la necesidad de analizar los fundamentos de la economía de la cultura relacionados con la función económica de la cultura, el rol del Estado, los agudos y permanentes problemas en su financiamiento, que son asuntos que han sido debidamente clarificados.⁵⁵⁴

En la Primera Conferencia Intergubernamental sobre los aspectos Institucionales, Administrativos y Financieros de las Políticas Culturales realizada en Venecia del 24 de agosto al 2 de septiembre de 1970, se hizo un llamado para incrementar los presupuestos de los Estados nacionales en función de las necesidades culturales y los estímulos fiscales para las inversiones culturales, y del mismo modo la Conferencia sobre Políticas Culturales en América y el Caribe, celebrada en Bogotá Colombia en el año de 1978, en sus recomendaciones puso énfasis al financiamiento del desarrollo cultural nacional, destacando como medida urgente la creación de fondos nacionales de apoyo y fomento cultural y artístico. La conferencia Mundial sobre Políticas Culturales realizada en México en el año de 1982, llegó a recomendar el establecimiento de un porcentaje fijo anual para el financiamiento de la cultura en los presupuestos estatales.⁵⁵⁵

En la hora presente y desde la perspectiva de la economía de la cultura, creemos que el tema del financiamiento necesariamente debe interrelacionarse con cuestiones, tales como la formación de públicos, la clara diferenciación entre arte y entretenimiento, la oferta cultural, el papel de las industrias culturales, la influencia de los mercados, y la información cultural, entre otras cuestiones.

En Ecuador la cultura y las artes tienen menor prioridad en la jerarquía de los otros sectores, como la educación, la salud, la administración de justicia y la vialidad, de modo que parece que los principios básicos de economía de la cultura están ausentes. Se nota desinterés en el tema del financiamiento cultural, y una evidente renuencia a debatir sobre quién debe pagar al final la cuenta de la subvención del arte y la cultura.

⁵⁵⁴ La economía de la cultura es una área de estudio más o menos reciente, posiblemente el punto de partida lo podemos encontrar en el libro *Performing Arts: The Economic Dilemma* del año 1966, en él los autores, Baumol y Bowen, pusieron en evidencia un dilema económico que posteriormente fue denominada *enfermedad de los costos*, y que llevó a una prescripción de política: el Estado debe subsidiar las actividades artísticas y en general culturales (Nota del autor).

⁵⁵⁵ Amplia información en el sitio web de la Organización de Estados Iberoamericanos para la educación, la ciencia y la cultura, http://www.oei.es/cultura/politicas_culturales.htm, consulta: 23 de junio de 2016.

Parecería que no se está considerando el financiamiento de la cultura como parte integral de las políticas públicas que según la Constitución ecuatoriana, constituyen garantías para la realización de los derechos, pues según el artículo 85, numeral 3, el Estado debería garantizar la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas, lo que significa que se trata de un proceso complejo que incluye temas como relaciones, mercados, incentivos, subsidios, partidas presupuestarias, exenciones fiscales, impuestos, fondos, iniciativas de mecenazgo, gestión de la cooperación internacional, acceso al financiamiento público, etcétera.

En cuanto al cambio de la matriz productiva que plantea el gobierno, hay que tomar conciencia que la cultura no es un gasto inútil, sino una inversión capaz de retribuir beneficios al generar un notable impulso para la economía nacional, así pues:

En Ecuador, las cifras económicas sobre arte y cultura se encuentran aún en procesos de levantamiento y construcción. El mismo texto del BID, coincidiendo con estudios previos del Ministerio de Cultura y Patrimonio, señala que la contribución de las actividades culturales y artísticas (audiovisual, musical y fonográfico, editorial, espectáculos y un porcentaje menor de otras actividades) al PIB de nuestro país es de 1,8%. Nada mal considerando que el aporte al PIB de ramas petroleras fue de 12,91% para 2011 (BCE). Información del Ministerio de Cultura y Patrimonio, Banco Central e INEC (Censo Económico 2010), señala además, que las industrias culturales del Ecuador generaron US \$ 2'777.070 y 46.162 puestos de trabajo declarados en 2009.⁵⁵⁶

Con ello Ecuador como parte de su cambio de matriz productiva, debería volver los ojos hacia la cultura, y abrir un debate sobre la economía de la cultura en el país, acompañado de la posibilidad de impulsar una economía naranja o creativa.⁵⁵⁷

La economía naranja se traduce de manera práctica en el dinero que producen directa e indirectamente las actividades culturales y, artísticas basadas en la creatividad,

⁵⁵⁶ Gabriela Montalvo, “Economía y cultura, industrias culturales y matriz productiva”, *El Telégrafo*, en su Edición del 12 de mayo de 2014.

⁵⁵⁷ La economía naranja, “Es el conjunto de actividades que, de manera encadenada, permiten que las ideas se transformen en bienes y servicios culturales, cuyo valor está determinado por su contenido de propiedad intelectual más que por su valor de uso. ¿Por qué naranja? Se suele asociar con la cultura y la creatividad. Desde los jeroglíficos del Egipto antiguo hasta las celebraciones modernas del Halloween, el color naranja se relaciona con los rituales y eventos culturales, artísticos y religiosos. Algunas culturas también lo relacionan con el liderazgo, la creatividad y el bien social”. Amplia información en Buitriago Restrepo y Duque, *Economía Naranja*, “Economía naranja. Preguntas y respuestas, <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=38197060>>, consulta: 23 de octubre de 2014.

lo que significa que se puede generar recursos asegurando más y mejor cultura a la sociedad, por tanto el acceso al financiamiento de la cultura y las artes no es un tema de gasto sino de generación de riqueza.

Sin embargo, para que despegue este modelo de economía naranja se requiere de un aporte significativo desde el sector estatal, pues:

El desarrollo de la oferta cultural necesita un gran esfuerzo de la inversión pública en este campo. Por ello, sigue teniendo todo el sentido el acuerdo de la X Conferencia Iberoamericana de Cultura (Valparaíso, Chile 2007) de destinar de forma progresiva al fomento de la cultura un mínimo del 1% del presupuesto general de cada Estado. Cómo se muestra en otro estudio realizado por la OEI en colaboración con CEPAL cinco años después de este acuerdo, estamos muy lejos de haber conseguido este objetivo. La mayoría de los países se encuentran por debajo del 0,5% y solo dos países: Portugal con el 1,21% y Cuba con el 1,04% superan el 1% del gasto público.⁵⁵⁸

En el país la información pública sobre el manejo de los recursos es limitada, y resulta preocupante que muchas veces se torne en una forma de manipular los incentivos a la creación artística, que curiosamente es el fundamento de la economía naranja, en momentos en que empezamos a hablar de un cambio de la matriz productiva, y aún más:

El cambio en la matriz productiva no es viable sin una activa transformación de la matriz cultural, que pasa por problematizar lo siguiente: ¿Cómo estamos pensando el fortalecimiento de una política pública en cultura que responda a su ausencia histórica? ¿Cómo esa política puede aportar para enfrentar las coerciones mercantilistas y uniformes del arte y la cultura? ¿Cuáles podrían ser las articulaciones de las políticas productivas con el desarrollo de nuestras industrias culturales? ¿Cuáles son las formulaciones para la identidad colectiva que recuperan nuestras políticas culturales? ¿Esas políticas tienen presente la relación Estado-nación y sus implicaciones en la formación social de nuestro país? ¿Cuáles son las políticas y estrategias previstas para la construcción conjunta de unidades económico-culturales? ¿Cómo están pensando SENPLADES y las instituciones correspondientes la posibilidad de crear las condiciones necesarias para que la producción de los artistas ecuatorianos pueda constituirse en industrias culturales? ¿Cuáles son las estrategias y objetivos destinados a la proyección de la cultura como agente económico en el socialismo del buen vivir?⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ Organización de Estados Iberoamericanos para la educación, la ciencia y la cultura, *Encuesta latinoamericana de hábitos y prácticas culturales 2013* (Madrid: Liografic, 2014), 164.

⁵⁵⁹ Paúl Córdova Vinueza, "Agustín Cueva: El cambio en la matriz cultural", *Rebelión*, 4 de mayo de 2013, <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=167635>>, consulta: 28 de octubre de 2014.

La falta de claridad en el rol de la creación artística y en general de la cultura y las artes redundan en dificultades en cuanto al derecho de acceso al financiamiento público, mucho más tratándose de una expresión emancipadora y de contenido como la canción de autor; sin embargo, no está totalmente invisibilizada, pues si revisamos los fondos concursables para producciones fonográficas, convocados por el Ministerio de Cultura del Ecuador, sí se contempla la categoría *trova o canción de autor* a la que se puede acceder por un monto de US \$ 2.500,00, debiendo aclararse que se trata de un aporte otorgado a un solo creador y que el monto a recibir se lo entrega de esta forma: 71% luego de la suscripción del convenio y 30% luego de la entrega del master.⁵⁶⁰

En la práctica solamente la producción de un CD puede alcanzar valores superiores a los US \$ 6.000,00 sin contar con masterización, artes, y el proceso de multicopiado, es decir que una producción modesta de un tiraje pequeño llegará a costar entre US \$ 8.000,00 a US \$ 10.000,00, lo que significa que el aporte de los fondos concursables es irrisorio, está dirigido un solo trabajo y deja al margen a otras propuestas, generalmente por afectos, amistades, compromisos partidistas, u otras cuestiones que finalmente no hacen de los fondos concursables una política de estímulo de la libre creación artística, sino un mecanismo de premio o castigo, una política cultural extremadamente restrictiva que termina generando exclusión y una discrecional entrega de recursos, haciendo del financiamiento público o un privilegio o una lotería.

En cuanto al monto del aporte estatal, resulta exiguo para la producción de un CD, y sin embargo según las bases de los fondos concursables, con el pago de los US \$ 2.500 el Ministerio de Cultura y Patrimonio compra los derechos de reproducción y distribución del álbum, perjudicando completamente al creador, y prácticamente haciendo que el Estado se beneficie de su creatividad.⁵⁶¹

Por las razones antes expuestas consideramos que el acceso al financiamiento público no está garantizado, y justamente este constituye uno de los principales obstáculos para el pleno ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, pues en Ecuador, la obra de un creador en el ámbito de la canción de autor necesita recursos considerables para autofinanciar su trabajo o las influencias adecuadas para ser

⁵⁶⁰ Información disponible en el Ministerio de Cultura del Ecuador (Nota del autor).

⁵⁶¹ Amplia información en Azuaga Carolina, *Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas, y derecho*, (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009).

favorecido de un auspicio de origen público, sin embargo no solamente se trata de la contribución para hacer un CD, pues los requerimientos son mucho más amplios.

En el país nadie financia el trabajo mismo de creación, pues los creadores ni viven de sus obras ni su tarea de creación es reconocida como una actividad productiva y más bien se la considera un hobby, pasatiempo, u afición y es que en Ecuador no tenemos programa alguno de incentivo a la creación artística, ni un sistema nacional de creadores de arte, como existe, por ejemplo, en México, que entrega los estímulos económicos en dos categorías: *creador artístico* y *creador emérito* siendo en este último caso de carácter vitalicio.

Si el creador tiene que desarrollar actividades que le permitan satisfacer sus necesidades básicas, es prácticamente imposible que se dedique de lleno a crear, y esta limitación económica constituye sin lugar a dudas uno de los mayores impedimentos para que en Ecuador este adecuadamente garantizada la libertad de creación y expresión artística.

En cuanto a la difusión del producto de la creación, este constituye otra gran problema para los artistas, en especial para cantautores, trovadores, bardos y *canta escritores*, pues requiere de un financiamiento adicional, si se quiere que llegue al público a través de medios de comunicación privados es necesario de una fuerte inversión en dinero, o en su defecto de amistades e influencias en los círculos de poder para lograr el apoyo de los medios públicos y privados.

Todo ello demuestra que si la situación es difícil para los creadores en general, es muchísimo más compleja para los cultores de la canción de autor, y en la mayoría de los casos la falta de financiamiento y difusión los han conducido al ostracismo, y poco a poco su obra va desvaneciéndose hasta volverlos *desaparecidos culturales*.

La Constitución ecuatoriana, consagra la necesidad de corregir esta situación, y con acierto señala en su artículo 277 numeral 5, que para la consecución del buen vivir, entre los deberes generales del Estado, está el promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.

Esto significa que el Estado ecuatoriano debería generar las condiciones adecuadas para que exista un adecuado desarrollo de las artes y la creatividad en general,

y por consiguiente, debe diseñar los mecanismos idóneos para implementar formas de financiamiento público de la creatividad artística, cuestión que lamentablemente ha quedado en una simple declaración de buenas intenciones, a pesar de que el artículo 380 numeral 8 de la Constitución, señala que constituye responsabilidad del Estado el garantizar los fondos suficientes y oportunos para la ejecución de la política cultural.

En el documento *Políticas para una revolución cultural preparado por el Ministerio de Cultura*⁵⁶² se destacan, entre otros, como cuestiones centrales para el desarrollo cultural, aspectos tales como: la universalización de la producción artística y cultural ecuatoriana a través de su posicionamiento, promoción y difusión en el escenario internacional, la garantía del *derecho al desarrollo del talento artístico*, a través de la promoción del desarrollo del talento y la creatividad de la ciudadanía sin ningún tipo de discriminación, la recuperación del patrimonio artístico y promoción de la generación de un nuevo patrimonio sonoro y musical, dancístico, plástico, literario y audiovisual. el impulso a la libre creación artística y las expresiones culturales diversas de toda la población ecuatoriana, la promoción de las manifestaciones artísticas y culturales en el exterior como plataforma de desarrollo de las condiciones de creación y producción de bienes culturales, y el proyectar y difundir a nivel internacional un nuevo sentido de ecuatorianidad, desarrollando una agenda cultural sostenida y permanente en el exterior que posicione y visualice la riqueza cultural y el talento artístico del Ecuador.⁵⁶³

Sin lugar a dudas habría un consenso en la implementación de estas políticas culturales y de las estrategias para la implementación de aquellas, sin embargo la gran pregunta es, si no contamos con un adecuado sistema de financiamiento público ¿Cómo lo vamos a hacer?

Si leemos con detenimiento el documento sobre políticas culturales del Ministerio de Cultura del Ecuador, encontramos como este inclusive brinda una especial importancia al *derecho al desarrollo del talento artístico*, destacando su importancia para el pleno ejercicio y garantía de los derechos culturales en Ecuador.

⁵⁶² Erika Silva, Oviedo Alexis, Moncada Martha, y equipo técnico del MC, *Políticas para una revolución cultural* (Quito: Ministerio de Cultura del Ecuador, 2011).

⁵⁶³ *Ibíd.*

Este derecho al desarrollo del talento artístico, evidentemente está íntimamente relacionado con la libertad de creación y expresión artística, y se presenta como una auténtica garantía que el Estado otorga al arte, considerando que, “la materialización del derecho al arte parece ser un fin y un medio para la construcción de la democracia constitucional de derechos y justicia, la generación de la sociedad del Buen Vivir, y el desarrollo de la sociedad del conocimiento”.⁵⁶⁴

El financiamiento público es un tema central para la auténtica garantía de la libertad de creación y expresión artística, pues, “los costos presupuestarios de los derechos, examinados al margen tanto de los costos sociales como de los privados, ofrecen un campo vasto e importante para la exploración y el análisis. Además, concentrarse en ellos es también la manera más sencilla de llamar la atención sobre la dependencia fundamental de las libertades individuales respecto de la contribución colectiva administrada por funcionarios públicos.”⁵⁶⁵

Sin embargo, las distorsiones en cuanto al financiamiento del arte se expresan en Ecuador, en el hecho de que los artistas para sobrevivir se vean obligados a mercantilizar su trabajo, de hecho en el país por ejemplo los cantantes deben recurrir al género tropical y urbano, lo que puede corroborarse verificando la parrilla musical de los medios de comunicación, que se estima alcanza un 80%, en tanto que un 20% restante es para el pop, rock, electrónico, baladas, alternativo, entre otros, y frente a aquello una ausencia desgarradora de canción de autor, salvo contadas excepciones como el programa canciones necesarias conducido por la comunicadora Sandra Bonilla en Radio Pública del Ecuador en horario nocturno; esto claro está haciendo referencia a la música popular, pues el tema de la música clásica y académica es otro drama. Creemos que en Ecuador, aproximadamente el 98% de la producción musical que se escucha en las emisoras es extranjera, y solo el 2% de producción nacional, situación que se ha tratado de corregir en la Ley Orgánica de Comunicación, tema al cual ya nos referimos anteriormente.

Otro indicador interesante es la información suministrada por Álvaro Pinto de Main Disk y Global, empresas ecuatorianas que fabrican discos en el país, quien señala

⁵⁶⁴ Ricardo Restrepo Sanín, coord. *Derecho al arte en Ecuador* (Quito: IAEN, 2013), 20.

⁵⁶⁵ Stephen Holmes y Cass R. Sunstein. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, trad. por Stekka Mastrangelo (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011), 39.

que su empresa cada mes fabrica en promedio 30 000 discos, de los cuales el 50% son de música chicha y el resto son de bandas de rock, vallenatos, salsa y baladas.⁵⁶⁶

El artista nacional para sobrevivir debe agradar al público, y para ello se ve obligado a presentar *covers*, especialmente de los éxitos de lo que en Ecuador conocemos como *música del recuerdo*, y en el mejor de los casos los creativos se limitan a componer canciones de estribillo fácil y rápido de aprender, porque la presencia de textos más elaboradas, no es de agrado del público y, por tanto, no resulta rentable; además el creador debe volverse productor, publicista, mánager y en la mayoría de los casos vendedor de sus propios discos, pues en Ecuador no contamos con productoras, editoras, disqueras etc., y el artista no puede dedicarse completamente a crear. Por ello la mayoría de artistas nacionales concentran su actividad económica principal en actividades que le permitan vivir, y el arte se vuelve un pasatiempo.

En el caso de los cantautores, trovadores, bardos y canta escritores ecuatorianos, cuyo trabajo se realiza fuera de las lógicas del poder y del mercado, la situación es patética, muestra de ello es el fenómeno nacional por el cual, cada vez más los cantautores permiten que sus creaciones se descarguen gratuitamente con el único afán de dar a dar a conocer su trabajo, lo cual es absolutamente injusto para el artista, y un obstáculo para el impulso de una economía naranja.⁵⁶⁷

¿Cuál es el futuro del trabajo de los cultores de la canción de autor, cuya obra está basada exclusivamente en la creatividad frente a un Estado, un sector privado y una sociedad que mira hacia otro lado?

¿Existe alguna razón que explique esta especie de discriminación cultural en contra de cantautores, trovadores, bardos, y canta escritores en la sistema ecuatoriano que en teoría promueve la garantía de la libertad de creación y expresión artística?

⁵⁶⁶ Amplia información en el artículo “A la industria musical todavía le falta ritmo” publicado originalmente por *Líderes* en <<http://www.revistalideres.ec/lideres/industria-musical-todavia-le-falta.html>>, consulta: 26 de junio de 2016.

⁵⁶⁷ La Sociedad de Autores y Compositores ecuatorianos SAYCE, calcula que la evasión del pago por derechos de autor ocasionarían pérdidas anuales de hasta 7 millones de dólares a la industria musical ecuatoriana, en tanto que la copia ilegal de discos genera pérdidas de hasta 177 millones de dólares, según aproximaciones del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (Nota del autor).

¿Acaso el escaso financiamiento para esta expresión del arte no confirma la discriminación a la que hemos hecho referencia anteriormente, y no constituye una vulneración al derecho a la libertad de creación y expresión artística?

En conclusión, se puede decir que el éxito de una política cultural está vinculado con la inversión cultural, y que en un Estado constitucional de derechos y justicia para garantizar el pleno desarrollo artístico y la libertad de creación y expresión de los creadores y artistas, se requiere de financiamiento, con mayor énfasis en realidades como la ecuatoriana, y más aún cuando el gobierno impulsa un cambio en la matriz productiva, en la cual la economía creativa podría constituir una gran oportunidad.

Lamentablemente, los cantautores, trovadores, bardos y cantautores escritores ecuatorianos, no tienen una garantía de acceso al financiamiento público, por el hecho de que el país no cuenta con una política de financiamiento adecuada para la canción de autor, en virtud de las cuestiones que se ha podido analizar en este estudio.

3.2. Problemas teóricos y cuestiones prácticas: casos, dudas y perspectivas en torno a la libertad de creación artística en la canción de autor ecuatoriana.

3.2.1. La falacia de las contradicciones normativas

En términos generales, decimos que existen contradicciones normativas, cuando en el ordenamiento jurídico hay normas que se contraponen y que afectan la resolución de los casos concretos, pues el administrador de justicia puede aplicar indistintamente las normas a su conveniencia, argumentando solucionar una aparente paradoja normativa; en la práctica generalmente prevalecen sobre los derechos y libertades de las personas los intereses del Estado o de los poderes fácticos.

Pudiera tratarse de problemas jurídicos generados en virtud de normas que siendo contrarias a la Constitución no han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional y se mantienen vigentes en el ordenamiento jurídico, o de cuestiones no reguladas en ningún sentido por las normas, lo que comúnmente se llaman *lagunas*⁵⁶⁸, o

⁵⁶⁸ Las lagunas se evidencian cuando el derecho no puede dar una solución inmediata a una cuestión jurídica, por ello tan sólo podremos hablar de laguna en aquellos casos en los que no sea posible encontrar una norma aplicable a una cuestión planteada. Autores como Kelsen no reconocen la existencia de estas lagunas, pues manifiestan que el juez siempre tendrá las herramientas normativas en el propio ordenamiento jurídico, para dar una respuesta adecuada a un caso concreto. (Nota del autor)

podiera ser que la normativa relacionada con aquellos resulta, vaga, o imprecisa; en todos estos casos enfrentamos fenómenos de coherencia jurídica o insuficiencia del ordenamiento jurídico.

Una de las constantes durante la presente investigación ha sido la evidencia de una ausencia de claridad normativa, doctrinaria y jurisprudencial en la esfera de ciertas cuestiones fundamentales para los derechos y libertades culturales, situación que al menos en la parte normativa debió cambiar como resultado del proceso constituyente que dio como resultado la Constitución de 2008, pues el nuevo texto constitucional diseñó una nueva institucionalidad cultural a partir del sistema nacional de cultura que según Decreto presidencial No. 985, estará organizado por cinco subsecretarías: Patrimonio Cultural, Memoria Social, Artes y Creatividad, Emprendimientos Culturales e Identidades Culturales, y según la disposición transitoria primera de la CRE de 2008, la Asamblea Nacional en un plazo máximo de treientos sesenta días, contados desde la fecha en que entró en vigencia la Norma Suprema del Estado, debió haber aprobado una ley que regule la nueva situación cultural, la misma que demoró demasiados años para su aprobación y, como se ha evidenciado, sigue presentando demasiadas falencias.

Tanto desde la sociedad como desde la propia institucionalidad cultural, se percibe que la implementación de la norma secundaria, sigue sin dar claridad sobre el rumbo de la cultura en el país, pues la construcción normativa es retórica e imprecisa, lo que sugiere que se sigue viviendo en una indeterminación normativa similar al período en el que no se tenía una ley de la materia, lo que genera roces entre las instituciones del sistema como es el caso de la implementación del Registro Único de Artistas y Gestores Culturales (RUAC), la forma de elegir a los directivos de la CCE de Carrión, y el manejo que finalmente se dará a la cultura desde una lógica estatal centralista condicionada desde el texto de la propia ley,

Sin embargo, y como se lo analizará más adelante, la vigencia de la Ley Orgánica de Cultura no puede bajo ningún concepto significar un decrecimiento de los derechos y libertades culturales, como se pretende desde una apreciación errada, que tiene que ver básicamente con el dogmatismo burocrático de la institucionalidad cultural, y al mismo tiempo con un juego de intereses muy fuertes que no permiten que un nuevo modelo de relaciones jurídico-culturales basadas en la garantía de los derechos y libertades de los

actores culturales se consolide, pues aquello debilitaría su poder y disminuiría sus privilegios. A esto hay que sumar sin lugar a dudas la poca importancia que el gobierno actual ha dado a la cultura, que finalmente sugiere que lo que se desea es cambiar todo para que nada cambie.⁵⁶⁹

Para quienes consideran que estamos viviendo una etapa de tensión entre una norma constitucional garantista y una ley de carácter concentrador, generando una suerte de indeterminación normativa al no saber que norma aplicar en los casos concretos, lo cual va a generar problemas de indeterminación causal de las decisiones judiciales, que una vez más dejarán de lado la tutela por ejemplo la libertad de creación y expresión artística, por considerar que se trata de cuestiones de carácter administrativo propios del Ministerio del ramo.

Precedentes de esta situación preocupante hemos podido evidenciar, en las primeras experiencias que se han presentado en el país como el caso Bonil, el caso del documental sobre la muerte de Jaime Roldos, o la cancelación del financiamiento para el Encuentro Internacional de Canción de Autor, en las que se evidencia que en el tratamiento y resoluciones no existe una adecuada motivación de las mismas, sino decisiones absolutamente discrecionales.

Además, existe la idea que enfrentamos cierta indeterminación debida a defectos lógicos del sistema jurídico en la esfera de la cultura, pues se sugiere que existe un suerte antinomia, cuando tengamos casos relativos a libertad de expresión artística, puesto que no queda claro si es un tema que debe garantizar la institucionalidad cultural o si debe ser motivo de intervención de la Superintendencia de la información y la comunicación. En la experiencia práctica en el caso Bonil, no se consideraron las particularidades artísticas de una caricatura y la SUPERCOM falló en contra del caricaturista.

Un nuevo caso llama la atención en el país, se trata de la comedia televisiva *La pareja feliz*, una sátira despiadada de las relaciones de pareja con fuertes elementos costumbristas, machistas y situaciones de humor negro, que mereció una sanción

⁵⁶⁹ “Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie”. / ¿Y ahora qué sucederá? ¡Bah! Tratativas respunteadas de tiroteos inocuos, y después, todo será igual pese a que todo habrá cambiado “...una de esas batallas que se libran para que todo siga como está”. Esta paradoja ha sido destacada por Giuseppe Tomasi di Lampedusa en su novela *El Gatopardo*, basada en el razonamiento de Alphonse Karr; *mientras más cambie, más de lo mismo*. Ver Tomasi di Lampedusa, *El gatopardo*, trad., por Fernando Gutierrez (Barcelona: Argos Vergara, 1980).

administrativa por parte de la SUPERCOM, en virtud de la supuesta difusión de contenidos discriminatorios en razón del sexo y la orientación sexual.⁵⁷⁰

Finalmente, la serie *La pareja feliz*, salió del aire por decisión del canal Telemazonas que transmitía dicho programa:

La primera sanción se dio a inicios de octubre, cuando la SUPERCO resolvió que el capítulo transmitido el 2 de enero de 2014 de *La pareja feliz* tenía contenido discriminatorio en razón de orientación sexual. En esta ocasión, la institución reguladora –explica Reinoso– castigó al programa por reincidencia. La multa incluye el pago del 5% de la facturación del canal durante 3 meses –equivalente a US \$ 115.000–, más la presentación de disculpas públicas. El monto ya fue cancelado por Telemazonas. La denuncia fue realizada por Yina del Pilar Quintana, presidenta del Consejo Nacional para la Igualdad de Género, quien –según Reinoso– “sacó de contexto frases de siete capítulos del programa”. “El canal –Telemazonas– tiene temor de que se presente una nueva denuncia, lo que significaría pagar una multa del 15% de la facturación del canal durante tres meses” –dice Reinoso– y explica que es la razón por la que se tomó la decisión de sacar el programa del aire”.⁵⁷¹

La pareja feliz es humor negro, y como tal resulta desagradable para algunas personas, sin embargo, ¿El humor negro está prohibido en Ecuador? ¿La represión del humor negro no constituye una vulneración de la libertad de creación y expresión artística? ¿Por qué la superintendencia de la información y la comunicación está controlando expresiones de carácter evidentemente artístico?

Puede ser que no sea agradable una comedia, una novela, una película, una pintura, una escultura, una canción y es también posible que no estemos de acuerdo con su temático y forma de exteriorizarse, no obstante, si en la Constitución, los ecuatorianos decidimos garantizar la libertad de creación y expresión artística, no existe argumento alguno para censurar la ficción, la representación, la sátira o el humor incómodo.

Un tema que vale la pena destacar es que en el humor burdo, desagradable y políticamente incorrecto que presenta la comedia *La familia feliz*, no disimula su objetivo de mostrarse como una bufonada corrosiva, sin embargo no tiene de ninguna manera pretensiones propagandísticas, por tanto consideramos que la SUPERCOM, intimidó a

⁵⁷⁰ Ver Superintendencia de la información y la comunicación, Resolución No. CORDICOM-PLE-2014-017.

⁵⁷¹ Ver Ana Alvarado, “La ‘Pareja feliz’ ya no se transmitirá”, *El Comercio* (Quito), 17 de noviembre de 2014, <<http://www.elcomercio.com/tendencias/parejafeliz-transmision-television-sancion-supercom.html>>, consulta: 20 de noviembre de 2015.

un canal televisivo para censurar una comedia, violentando la libertad de creación y expresión artística.

El problema es que la falta de claridad conceptual nos está llevando a vivir bajo la lupa de censores que se han autoimpuesto la misión de custodiar la moral social desde un cargo público, lo cual al menos para el arte es absolutamente nefasto, pues,

La tecnocracia –en su sentido más vulgar– es la suposición de que los gobiernos y sus funcionarios están en mejores condiciones que las personas para decidir sobre sus propios asuntos y que, por ende, es el Estado el llamado a imponer qué es lo que se debe consumir, leer, ver, de qué o de quién está permitido reírse, y así todo al respecto. Este tipo de “lógica”, desde un punto de vista totalizante, ha tenido dos formas históricas: el despotismo ilustrado y el comunismo vulgar.⁵⁷²

Este caso demuestra cómo a nombre de estas supuestas antinomias, estamos permitiendo que los derechos culturales retrocedan, ante el avance inmisericorde de una Superintendencia, que bajo el pretexto de controlar los contenidos que se difunden en los medios de comunicación se ha convertido en un evidente censor de la libertad de creación y expresión artística.

La falta de garantías para ejercer los derechos y libertades culturales es evidente, y una amenaza latente, pues si una canción es presentada en las radios y resulta que su contenido no está dentro de los parámetros esperados por la SUPERCOM, hipotéticamente esta podría intervenir y censurarla.

La canción de autor muchas veces ha sido polémica, tal es el caso de la composición de uno de los iniciadores de esta expresión artística en el mundo, como es George Brassens, *Le Gorille*, censurada en España en el año de 1971 con el argumento de que su contenido, no es solo erótico sino homosexual; la censura gubernamental que enfrentó el cantautor cubano Carlos Varela con sus canciones *Guillermo Tell*, *Tropicollage*, *Cuchillo en la acera*, *Leñador sin bosque* y *La política no cabe en la azucarera*; o la censura disfrazada que implementó Televisión Española al cantautor de culto Javier Krahe con su canción *Cuervo ingenuo* en el año de 1986. En fin, cantautores

⁵⁷² Mauricio Maldonado Muñoz, “La pareja feliz es un programa horrible”, *La República*, 7 de octubre de 2014, <<http://www.larepublica.ec/blog/opinion/2014/10/07/la-pareja-feliz-es-un-programa-horrible/>>, consulta: 4 de noviembre de 2014.

trovadores y bardos en Ecuador aunque no lo parezca corren el riesgo de ser censurados en el momento menos pensado, a menos que guarden prudencia con su trabajo, lo cual significa una sola cosa: *autocensura*.

En cuanto al tema de la supuesta indeterminación normativa por las colisiones normativas y las discrepancias entre la norma constitucional y las normas secundarias, creemos que no es en sí mismo un problema normativo, sino más bien de conceptos; sin embargo los positivistas empeñados en un formalismo testarudo, consideran que si bien existen estas preceptos constitucionales que recogen varios derechos culturales, lo que preceptúan las normas secundarias es lo que debe prevalecer, permitiendo que los derechos y las libertades culturales no puedan concretarse, y es por esta razón en el documento intitulado Plan nacional de cultura 2007-2017 se reclama “la consolidación de un sistema normativo sistemático y coherente y, por lo tanto, un proceso de compendio, análisis, integración y sistematización de las normas que ordenan las políticas culturales, a la luz de las necesidades de un Ecuador que demanda nuevos esquemas de gestión, de participación social y de financiamiento para la cultura”.⁵⁷³

Nuestra visión es distinta, pues consideramos que si bien la norma infraconstitucional podría ayudar a una mayor efectividad en el quehacer cultural y artístico del Ecuador, esto no puede ser un argumento que justifique la falta de garantía y defensa de los derechos y libertades culturales, contemplados en la Constitución vigente y en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, en virtud de la aplicación directa de la Constitución.⁵⁷⁴

En Ecuador rige el principio de aplicación directa, tanto para jueces como para servidores públicos, no obstante en el caso de existir duda sobre la constitucionalidad de la norma en un caso concreto, será el juez quién deberá acudir a la Corte Constitucional, si considera que una norma contraria a la Constitución debe ser expulsada del

⁵⁷³ Ministerio de Cultura del Ecuador, *Enfoque conceptual para el proceso de construcción del Plan Nacional de Cultura y de las políticas culturales en el Ecuador, Un camino hacia la revolución ciudadana desde la cultura 2007-2017* (versión preliminar) Un documento para la participación, el diálogo intercultural y la reconfirmación identitaria, publicado en Quito por el Ministerio de Cultura del Ecuador, 2007, p. 18.

⁵⁷⁴ “Justamente, el constitucionalismo pretende rebatir al positivismo jurídico con este conjunto de tesis, y entre sus postulados se encuentra la afirmación de que la Constitución es norma jurídica, y como consecuencia, sus normas, es decir, tanto las reglas como los principios son de aplicabilidad directa”. Gustavo Medinaceli Rojas, *La aplicación directa de la Constitución* (Quito: UASB / CEN, 2013), 31.

ordenamiento jurídico. En el caso de los particulares podrán hacerlo a través de la acción pública de inconstitucionalidad.

El principio de aplicación directa está desarrollado a partir del artículo 11, numeral 3, del texto constitucional que manifiesta que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte; y el numeral 5 del mismo precepto, dice que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.⁵⁷⁵

El artículo 425 de la Constitución, es absolutamente claro cuando dice que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior, es decir que no solamente los jueces sino que inclusive los servidores públicos estarían facultados a resolver un caso mediante la aplicación directa.

Del mismo modo, cuando el artículo 426 del texto constitucional dispone que juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente, una vez más se entiende que la Constitución de forma expresa está disponiendo la aplicación directa de la Constitución.

Ahora bien, existe un precepto constitucional, que contempla la posibilidad de un recurso incidental, y que ha provocado otras lecturas en cuanto a la aplicación de la constitución, y por el cual muchas personas consideran que no existe aplicación directa de la misma, este es el artículo 428, que dice en la parte pertinente:

⁵⁷⁵ Amplia información en Medinaceli Gustavo, *La aplicación directa de la Constitución* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013).

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.⁵⁷⁶

En verdad que la norma antes transcrita genera muchas dudas, sin embargo la propia Ley Orgánica de Garantías Constitucionales,⁵⁷⁷ aclara cualquier interrogante cuando en su artículo 142, textualmente preceptúa:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, *solo si tiene duda razonable y motivada* de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. (Énfasis añadido).

Esto significa que el recurso incidental es absolutamente excepcional, y que por regla general opera el principio de aplicación directa, aún más para que proceda la consulta ante la Corte Constitucional, deberá existir “duda razonable y motivada” es decir una duda con fundamentos de razón que además debe ser motivada es decir que el juez tiene un deber jurídico de explicar y justificar las razones por las cuales pone en marcha el control incidental, no debemos olvidar la acertada advertencia que hace Miguel Carbonell cuando dice: “el activismo judicial, no significa ni implica que el juez pueda

⁵⁷⁶ El artículo 4, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto a la aplicación directa de la Constitución, señala: “Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.” Del mismo modo el artículo 5 del Código Orgánico de la Función Judicial manifiesta: “Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente” (Nota del autor).

⁵⁷⁷ Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Garantías Constitucionales*, Quito, *RO Suplemento No. 52*, Quito, 22 de octubre de 2009.

sustituir con su criterio personal las decisiones que ha tomado el constituyente.”⁵⁷⁸ Además, “Con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, directamente aplicable, al tiempo que constituye fuente del resto del ordenamiento jurídico, lo que para Kelsen significaba que las Constituciones no son solamente “reguladoras de la creación de leyes, sino de su contenido material”.⁵⁷⁹

La Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y justicia, en el cual se destaca el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

La Constitución es norma suprema, porque según el Artículo 424 está por encima del resto de las normas jurídicas y vincula a todos los sujetos públicos y privados en todas sus actividades; asimismo, el artículo 426 de la Norma Suprema del Estado, dispone la aplicación directa de las normas constitucionales y se refiere esencialmente al ejercicio y aplicación directa de los derechos constitucionales, en ausencia de normas para su desarrollo.

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que todas las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; por lo tanto, legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión, con las siguientes consecuencias:

En un Estado constitucional de derechos y justicia como lo es el ecuatoriano, según el artículo 11, numeral 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.” precepto que guarda concordancia con inciso 2 del artículo 426 del texto constitucional que dice: “Los derechos consagrados en la Constitución y los

⁵⁷⁸ Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales* (Quito: Jurídica Cevallos, 2010), 84.

⁵⁷⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. O 001-10-SIN-CC Casos No. O OOOS-09-in y 0011-09-in (acumulados) 18 de marzo de 2010.

instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

En consecuencia consideramos que no podría existir indeterminación normativa en el Ecuador ni confusión sobre que norma emplear, ni aplicación de la ley ordinaria para acotar derechos y libertades culturales, pues la aplicación directa de la Constitución con énfasis en los derechos, es perfectamente capaz de dar las soluciones pertinentes a los distintos casos concretos que en la esfera de la cultura y más puntualmente de los derechos y libertades culturales se presenten, inclusive en aquellos casos en los que norma infraconstitucional, se aleje de la Constitución por en atención al principio de supremacía constitucional⁵⁸⁰ de modo que: “se cierra el paso a toda interpretación que busque derivar la efectividad de algunos de los derechos consagrados a su posterior configuración legal, amparándose en razones de disponibilidad económica o de respeto de la discrecionalidad del legislador a la hora de configurar el contenido amparado por los derechos “declarados” en el texto constitucional”.⁵⁸¹

No está por demás, sin embargo, señalar que la deficiente técnica legislativa en la redacción de la Ley Orgánica de Cultura genera muchas dudas respecto a la omisión de ciertos principios internacionales que los Estados deben observar, para garantizar una elemental tutela de los derechos humanos y por consiguiente de los derechos culturales. Al respecto la Observación General 21, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, apartado 48 manifiesta que “la obligación de cumplir requiere que los Estados parte adopten las medidas adecuadas legislativas,

⁵⁸⁰ “En virtud del principio de supremacía constitucional se presume la constitucionalidad de todos los actos y normas jurídicas, es decir, que los mismos gozan de validez por haber sido creados o adoptados en armonía con la normativa constitucional. Mas, la realidad demuestra que no todas las normas o actos de autoridades públicas se ciñen a los contenidos constitucionales.” Ver Carmen Estrella, “Supremacía constitucional y control de constitucionalidad”, *Derecho Ecuador.com*, <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/supremaciacutea-constitucional-br-y-control-de-constitucionalidad>>, consulta: 4 de noviembre de 2014.

⁵⁸¹ Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit. *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 27.

administrativas, judiciales, presupuestarias, de promoción y de otra índole, destinadas a la plena realización del derecho consagrado en el párrafo 1 a) del artículo 15 del Pacto.

Del mismo modo, los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su numeral 17, señala que los Estados emplearán “todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus obligaciones bajo el Pacto”.⁵⁸²

Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁵⁸³ cuando hace referencia a las violaciones mediante actos de omisión, en su numeral 15 señala que las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales también pueden resultar de la omisión o incumplimiento del Estado en relación a la no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto, en la no aplicación de legislaciones o ejecución de políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones en el Pacto, y en la falta de vigilancia de la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales, incluyendo la elaboración y aplicación de criterios e indicadores para evaluar el acatamiento.

Del mismo modo, la recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural de la UNESCO,⁵⁸⁴ recomienda a los Estados, adopten disposiciones de orden legislativo o reglamentario y modifiquen las prácticas

⁵⁸² Un grupo de expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg, Maastricht, los Países Bajos, y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan de la Universidad de Cincinnati Ohio, EUA, reunidos en Maastricht del 2 al 6 de junio de 1986 prepararon los Principios de Limburgo, respecto a la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados parte conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nota del autor).

⁵⁸³ Entre el 22 al 26 de enero de 1997, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra, Suiza, el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América, y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht, Países Bajos, con el objetivo de ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos (Nota del autor).

⁵⁸⁴ La recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural, fue aprobada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida en Nairobi del 20 de octubre al 30 de noviembre de 1970, en su 19a reunión (Nota del autor).

vigentes, con el fin de garantizar los derechos relativos al acceso a la vida cultural y a la participación en ella, en función de los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ahora bien, más allá de la aparente falta de decisión política de apostar por la aplicación directa de los preceptos constitucionales en la esfera de la cultura, y la efectiva tutela de los derechos y libertades culturales, y la evidente inobservancia de los principios internacionales de protección de los derechos humanos, a los cuales nos hemos referido, la parálisis en la aplicación de la normativa en el ámbito de la defensa y tutela de los derechos culturales en Ecuador, con todas las secuelas negativas que hemos analizado, sugiere que estamos viviendo, una lamentable deformación del Estado constitucional de derechos y justicia, y una limitación del carácter garantista del texto constitucional, desde los propia institucionalidad del Estado.

Las garantías de los derechos y libertades culturales, en especial de la libertad de creación y expresión artística que requieren cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, son inciertas toda vez que estos artistas a través de su obra plantean una dimensión crítica, emancipatoria, autoreferencial, y metatextual, que inclusive rebasa el referente puramente político y social, de modo que cada cultor de la canción con contenido define por sí mismo su quehacer ético y artístico y convierte su canción en una experiencia poético- vivencial.

Resulta difícil explicar la complejidad de la creación y expresión artística en el ámbito de la canción de autor, pues aunque el modelo constitucional ecuatoriano es favorable a la cultura y el quehacer artístico, es difícil que una norma por garantista que sea logre aprehender, el conjunto de condiciones que la dignidad artística de un cantautor, trovador, bardo o canta escritor necesita, pues hay cuestiones que van mucho más allá, y que ninguna norma va a responder, tales como:

¿Quién canta? ¿A qué entidad real o poética remite esa voz que asume una postura ideológica, un compromiso social con el otro y una sensibilidad que somete al criterio ajeno? ¿A qué remite aquella figura del cantor popular que asume al cantar una postura, un estatus específico?

¿Cómo se establece el contrato tácito entre cantor y oyente? ¿En base a qué mecanismos?

¿Qué concepción tiene el cantor de la vigencia de su propio quehacer social y poético dentro de la comunidad o del grupo sociocultural?

¿Cómo se manifiesta esta concepción a través del texto? En otras palabras, ¿cómo se manifiesta la concepción o la consciencia propia del cantautor en el canto?⁵⁸⁵

El derecho, siendo un conjunto de normas impuestas por el poder cuyo objetivo es el control de la conducta humana, pretende legitimar jurídicamente al arte de forma artificial, sin embargo el arte desborda la rigidez normativa y plantea un reto mucho mayor: reconfigurar la realidad simbólico- jurídica, exponer las articulaciones hegemónicas de la legalidad, confrontar la dominación y humanizar al derecho; porque en el fondo no se trata solamente de canciones, se trata de la vida, se trata de los seres humanos sentipensantes, se trata de la libertad.

3.2.2. Políticas públicas, libertad de creación y expresión artística y canción de autor

Consideramos que el impulso de las políticas culturales, más allá de la planificación del quehacer cultural debe, asegurar que los componentes y recursos culturales posibiliten el ejercicio pleno de los derechos y libertades culturales, y por tanto deben ser prioritarias en el desarrollo de las políticas públicas del Estado.

En primer término es pertinente analizar el tema de la política cultural, que según nuestro criterio no es otra cosa que el conjunto estructurado de acciones y prácticas sociales de los organismos públicos y de otros agentes sociales en la esfera de la cultura, entendida desde una visión restringida, que la circunscribe al sector concreto de actividades culturales y artísticas, pero también considerándola desde una perspectiva amplia, como el universo simbólico compartido por la comunidad en su convivencia.

Según la Declaración de México sobre políticas culturales de 1982: “se han de tomar en consideración las necesidades y problemas de cada sociedad, sin menoscabo *de*

⁵⁸⁵ Emmanuelle Rimbot, “Autorrepresentación y manifiestos en la nueva canción y canto nuevo”, *Revista Cátedra de Artes*, No. 3 (segundo semestre de 2006) (Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile): 27.

asegurar la libertad necesaria para la creación cultural, tanto en su contenido como en su orientación” (énfasis del autor).⁵⁸⁶

El Plan de Acción de Políticas Culturales para el Desarrollo aprobado en la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, celebrada en Estocolmo en 1998, recomendó cinco objetivos de política a los Estados miembros de las Naciones Unidas, entre los cuales se destaca el promover la creatividad y la participación en la vida cultural.⁵⁸⁷

Resulta muy difícil hablar de los derechos culturales y correlativamente de las políticas culturales, puesto que estos conceptos están sujetos permanentemente a un apasionado y polémico debate, en especial lo que tiene que ver con el reconocimiento de los paradigmas que están en la base de su diseño y ejecución.

Por consiguiente una adecuada política cultural de ninguna manera podrá dejar de considerar la realización y el pleno ejercicio de la libertad de creación y expresión artística.

La política cultural requiere de una adecuada gestión cultural, que no es otra cosa sino aquel conjunto de estrategias utilizadas para facilitar un adecuado acceso al quehacer cultural, sus expresiones y manifestaciones por parte de la sociedad; estas estrategias contienen en su definición una planificación de los recursos humanos, económicos y logísticos, así como la consecución de unos objetivos claros a corto, mediano y largo plazo que permitan alcanzar las metas anheladas.

La gestión cultural ha de redundar necesariamente en el progreso general de la sociedad, la garantía de los derechos culturales, humanos y constitucionales en general, y la estrecha relación entre cultura y desarrollo, sirviendo como instrumento fundamental para la democratización, la solidaridad y la paz social.

⁵⁸⁶ La Declaración sobre las políticas culturales fue aprobada en la Conferencia mundial sobre las políticas culturales México DF, celebrada del 26 de julio al 6 de agosto de 1982 (Nota del autor).

⁵⁸⁷ Este documento puede leerse en la página web <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/CLT/pdf/plan-de-accion-sobre-politicas-para-el-desarrollo.pdf>, consulta: el 6 de noviembre de 2014.

La gestión de la cultura debe generar estrategias que respondan a la posibilidad de definir herramientas o instrumentos de amplia validez, pero siempre tomando como punto de partida la garantía de ejercicio de los derechos culturales.

En este orden de ideas, creemos que todo modelo de gestión cultural en un estado constitucional debería partir de las directrices para la realización de la dignidad humana a través de los derechos y libertades culturales, garantizando la participación de los actores culturales, creadores, gestores y ciudadanía en general en los procesos de gestión cultural, permitiendo un ejercicio real de la ciudadanía cultural, derecho que nos asiste y que además es una expresión del propio estado constitucional democrático; en un mundo en el existe una profunda confusión entre cultura y espectáculo, puesto que “si la cultura es puramente entretenimiento, no importa nada. Si se trata de divertirse, un embaucador puede divertirme más que una persona profundamente auténtica”⁵⁸⁸ en consecuencia si queremos cultivar la sensibilidades y fomentar la creación y libre expresión del arte, es indispensable un replanteamiento de las concepciones mismas del quehacer cultural.

Por consiguiente, el diseño y ejecución de estas políticas, conlleva la institucionalización de los principios, para lo cual es necesario diseñar los canales dialógicos, que propicien la participación de los diferentes actores culturales, para sociabilizar, consensuar, y concertar, las acciones y estrategias de interés, para las agencias del Estado, el sector privado, el tercer sector y la sociedad civil.

En Ecuador, y como consecuencia del proceso constituyente el Ministerio de Cultura,⁵⁸⁹ apenas fue creado, intentó plantear algunos lineamientos básicos orientados hacia la formulación de política cultural; fruto de este empeño se preparó un documento que se tituló *Plan Nacional de Cultura 2007-2017*.

Sin embargo el ministro de la época, el poeta Antonio Preciado, no duró mucho tiempo en la cartera de Estado, pues existieron varios hubo cuestionamientos en el manejo

⁵⁸⁸ “Diálogo sobre la cultura: Vargas Llosa y Lipovetsky”, *Función Lenguaje*, <http://funcionlenguaje.com/pensamiento-contemporaneo/dialogo-sobre-la-cultura-vargas-llosa-y-lipovetsky.html>, consulta: 8 de julio de 2013.

⁵⁸⁹ El Ministerio de Cultura y Patrimonio de fue creado por el presidente Rafael Correa el 15 de enero de 2007, con el propósito de que se encargue de las funciones que antes correspondían a la Subsecretaría de Cultura adscrita al entonces Ministerio de Educación y Cultura de Ecuador. En el mes de mayo de 2013, cambió su nombre de Ministerio de Cultura al de "Ministerio de Cultura y Patrimonio. (Nota del autor)

de cuestiones de gestión y administración cultural, siendo reemplazado por Galo Mora, miembro del emblemático grupo de música latinoamericana *Pueblo Nuevo*.

Posteriormente asumiría el cargo el escritor Ramiro Noriega, quien al cabo de un año, fue sustituido por la socióloga Erika Silva, en cuya gestión se preparó otro documento intitulado *Políticas para una revolución cultural*. Posteriormente se nombró como Ministro de Cultura, al comunicador social Paco Velasco, luego al diplomático Francisco Borja, después al doctor Guillaume Long, luego el académico y escritor Raúl Vallejo, y finalmente con la llegada a la presidencia de la República del Lic. Lenin Moreno, se designa como nuevo ministro de cultura al escritor Raúl Perez Torres.⁵⁹⁰

Los constantes cambios en el Ministerio de Cultura, y salvo los caso de Antonio Preciado, Ramiro Noriega, Galo Mora, Raúl Vallejo y Raúl Perez Torres; la designación de personas que no poseen la experiencia, el conocimiento y el compromiso con la cultura nacional, ha tenido como consecuencia que en el país tengamos una suerte de políticas en el papel, que no trascienden a la realidad.

El criterio generalizado de los actores y gestores culturales independientes, es que el ministerio simplemente se ha dedicado a realizar concursos y otorgar algunos auspicios a personas afines al gobierno, lo cual como es lógico no significa una presencia significativa y peor aún dinamizadora del quehacer cultural, de modo que el organismo rector de la cultura en Ecuador constituye apenas un burocrático espacio, colonizado por desorientados oficinistas que hasta el momento no han logrado entender su rol, confundiendo el concepto de activistas culturales, con el meros tramitadores.⁵⁹¹

El diseño constitucional determina que es el Estado quien asume el protagonismo del sector cultural, lo cual significa según la Ley vigente no solamente centralización de los recursos públicos, sino una serie de responsabilidades, que por mandato constitucional no pueden ser ignoradas. No se trata de hacer declaraciones de buenas intenciones, el

⁵⁹⁰ Información verificada en el Ministerio de Cultura del Ecuador.

⁵⁹¹ Paola de la Vega dice: “¿Cuántas de estas reflexiones ha recogido la política cultural actual? Pese a las fisuras existentes, en la administración cultural pública parecen perpetuarse estructuras clientelares, coloniales y miradas civilizatorias y culturalistas, de lo espectacular y el entretenimiento, que en poco o nada apuntan a la cultura como un trabajo sobre el pensamiento crítico y lo intercultural” en <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/carton-piedra/34/los-desafios-de-la-cultura-en-ecuador>, consulta 7 de agosto del 2017.

problema de fondo es el inequitativo reparto de los recursos pues la desigualdad entre los artistas del sector oficial y los artistas independientes, es evidente.

Desde el gobierno existe un afán exagerado de formar artistas profesionales, a ello obedece la creación de la Universidad de las Artes, pudiendo percibirse cierto menosprecio por varias expresiones culturales cotidianas, propias de la cultura popular, de hecho gran cantidad de notables artistas nacionales no tienen un título, lo que no justifica que sean discriminados por ello.

En cuanto a la manera como se manejan los fondos destinados a cultura, finalmente constituyen fuente de discriminación, frustración y descontento pues para hacerse acreedor de algún auspicio, el artista enfrenta una desalentadora experiencia donde se generan muchas inequidades, ya que por ejemplo no existe descentralización de estos recursos para las provincias, no se consideran las distintas realidades locales y no todas tienen la misma atención, se sigue evidenciando una forma de discriminación hacia los sectores más desfavorecidos, se promueve la gratuidad de los eventos artísticos pero no en base de una subvención estatal sino de la explotación de los artistas; las instituciones culturales privilegian la cantidad, lo masivo, y lo intrascendente antes que la calidad, el contenido, la propuesta o los valores que presenta una expresión artística, etc. de modo que se trata de una discusión muy profunda que no puede agotarse en la discrecionalidad del manejo de los fondos públicos destinados a dinamizar el arte y en general la cultura, sino en el evidente fracaso de las políticas públicas culturales, fruto de la sabiduría de unos pocos funcionarios, incapaces de reconocer la complejidad y la diversidad de las culturas del Ecuador.

Una política cultural debería ser un proyecto de largo aliento y no simplemente la estrategia de un gobierno, por ello en la primera Reunión del Consejo Suramericano de Cultura (CSC),⁵⁹² integrado por los ministros y representantes del sector de la Unión de

⁵⁹² Según el Estatuto del Consejo Suramericano de Cultura, en su artículo 1.- “El Consejo Suramericano de Cultura (CSC) es una instancia permanente de consulta, diálogo, reflexión, intercambio, circulación de información y experiencias, coordinación intergubernamental de políticas y cooperación en materia de Cultura, cuyo objetivo es promover esfuerzos, acciones y proyectos, y propuestas consensuadas para el desarrollo de la Cultura en todas sus manifestaciones en el ámbito de los Estados miembros de UNASUR y contribuir con el desarrollo sostenible y el bienestar de los pueblos suramericanos.” El texto completo puede leerse en el sitio web <<http://www.unasursg.org/images/descargas/ESTATUTOS%20CONSEJOS%20MINISTERIALES%20SECTORIALES/ESTATUTO%20CONSEJO%20DE%20CULTURA.pdf>>, consulta: 19 de noviembre de 2014.

Naciones Suramericanas (UNASUR), aprobó un plan de acción para el año 2013-2014 centrado en ejes tales como interculturalidad, industrias culturales y economía creativa, defensa del patrimonio cultural, comunicación y cultura, y artes.

Según la Declaración de la I Reunión del Consejo Suramericano de la Cultura, los Estados parte impulsan un trabajo conjunto con el propósito de resguardar y promover los derechos a la creación, la accesibilidad cultural, el disfrute de la propia cultura y las expresiones artísticas de la región, lo que evidencia que la dimensión cultural y el diseño de políticas culturales inclusive tienen una proyección en los procesos de integración que impulsan los gobiernos de la Región.

En el tema de la canción de autor ecuatoriana, no existe una política pública respecto a esta expresión artística, apenas un exiguo aporte que se entrega a través del fondo fonográfico a un solo creador, una vez al año, o cual evidentemente no representa política cultural alguna, sino una actitud más bien desapacible por esta expresión artística, experiencia similar por ejemplo a la que vivieron en sus inicios los artistas que impulsaban la nueva trova en Cuba, que “debió enfrentar la resistencia de burócratas a quienes disgustaba la obvia influencia de artistas estadounidenses en su música, al igual que algunos elementos de disidencia y hermetismo en sus letras”⁵⁹³ aunque posteriormente el régimen cubano decidió absorber las inquietudes creativas de sus artistas más progresistas, lo cual generaría en el futuro escenarios sumamente complejos. En la actualidad posiblemente la política cultural cubana más emblemática en favor de su canción de autor, está en el apoyo que brinda el Centro Pablo de la Torriente Brau, cuyos proyectos cuentan con el respaldo de una Junta Patrocinadora integrada por varias instituciones y organizaciones sociales como son, el Ministerio de Cultura, la Oficina del Historiador de la Ciudad y la Unión de Escritores y Artistas de Cuba.

En el caso chileno, en la actualidad, la canción de autor experimenta un resurgimiento con la presencia de un movimiento musical-cultural de cantautores independientes que “tiene que tener una raíz que llega hasta la Nueva Canción Chilena en los 60 y hasta el Canto Nuevo en los 80. [...] Claramente este momento va a quedar

⁵⁹³ Marcelo Pereira, “Música e izquierda”, *Henciclopedia*, <http://www.henciclopedia.org.uy/autores/MPereira/Oreiro.htm>, consulta: 19 de noviembre de 2014.

inscrito en la historia de la música chilena, tal como han quedado momentos anteriores como la época de Los Prisioneros en el 84, el Canto Nuevo de antes”.⁵⁹⁴

Uno de los resultados más visibles ha sido el mega evento Cumbre del Folk Chileno, que ha contado con el financiamiento del Estado a través del Fondo de la Música otorgado por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.⁵⁹⁵

Hay que destacar que la sociedad chilena ha reconocido que los cantautores populares han existido siempre y son parte fundamental de la cultura y de la historia musical chilena, razón por la cual desde la década de 2000 en adelante se ha producido una explosión cultural en este sentido, y en el cual ha jugado un papel muy importante la creación del Consejo de la Cultura y las Artes, y del Consejo de fomento de la música chilena, que han abierto la posibilidad que una serie de cantautores pudieran recibir un apoyo efectivo, logrando como resultado que este movimiento de cantautores chilenos, haya descollado desde el año 2005 hasta esta fecha, cada vez con mayor éxito, puesto que en el devenir de la música chilena se ha instalado como expresión artística absolutamente válido la voz, la guitarra, la autoría de una canción, y el uso de la poesía como forma de expresión.⁵⁹⁶

En Ecuador país en el que la tradición del canto popular y su vínculo con la poesía es intensa y trascendente, y en el cual la canción de autor es una expresión ubérrima y exultante, los intentos por cimentar un movimiento representativo de cantautores, ha fracasado por la falta de apoyo, por las contradicciones propias de nuestra realidad sociocultural, por la ausencia de políticas culturales que fomenten la canción de autor, y también por ciertos egocentrismos, mezquindades, insolidaridad y falta de compañerismo entre los propios artistas.

Con estos antecedentes, consideramos que deberían implementarse políticas culturales tales como: la aprobación de una Ley de Donaciones Culturales⁵⁹⁷, similar a la

⁵⁹⁴ Jorge Lagás, “El presente de los cantautores; este movimiento va a dejar huella”, entrevista a David Ponce, Santiago de Chile, junio 2010. En <http://www.terra.cl/musica/index.cfm?id_cat=115&id_reg=1451806>, consulta: 19 de noviembre de 2014.

⁵⁹⁵ Creado mediante la Ley No. 19891, de 23 de agosto de 2003.

⁵⁹⁶ Se han ensayado varios apelativos para este movimiento especialmente desde la prensa y los medios: nueva camada de cantores, nuevo-folk chileno, nueva canción de autor, etcétera (Nota del autor).

⁵⁹⁷ “Este mecanismo –impulsado por el entonces senador de la República Gabriel Valdés Subercaseaux y bajo el gobierno del presidente Patricio Aylwin Azócar– está consagrado en el artículo 8 de la Ley No. 18.985, de Reforma Tributaria y fue aprobado en junio de 1990 por el Parlamento. En el citado artículo

experiencia chilena, que permitió la participación del sector privado en el financiamiento y gestión de las actividades culturales, la descentralización de la política cultural y de los recursos económicos en función del reconocimiento de las especificidades y características culturales de las distintas regiones y provincias, el apoyo, promoción y garantía plena del derecho a la creación artística como la expresión más elevada del quehacer cultural, lo que supone un alto nivel de ejercicio de la libertad, y la implementación de mecanismos tributarios para incentivar el apoyo de personas naturales y jurídicas para la cultura, evitando su confusión y competencia con otro tipo de donaciones tal es el caso de las universitarias, educacionales, deportivas o sociales.

Este tipo de estrategias, constituyen las claves de una verdadera política cultural favorable a la canción de autor ecuatoriana, a partir de lo cual el Ecuador al menos debería empezar a discutir sobre el diseño de una política cultural en favor de la canción de autor, reconociendo su aporte a la cultura nacional, y el compromiso social que la ha caracterizado; para ello se debería en primer lugar facilitar el financiamiento de los proyectos de creadores, cantautores, trovadores, bardos, y canta escritores, que son independientes, buscan autogestionarse, se encuentran en las primeras etapas de su desarrollo, tengan una proyección artística, una propuesta estética y no rayen en lo puramente comercial.

Una estrategia efectiva de difusión de la música nacional y muy particularmente para la canción de autor, requiere además garantizar la libertad de expresión artística en los escenarios tanto dentro del país como fuera de él, facilitando el financiamiento de proyectos de itinerancias, festivales, recitales, conciertos, etc. lo cual se complementa con la aplicación adecuada del 1x1 incorporado en la Ley Orgánica de Comunicación,

8°, que por sí mismo constituye una ley, se apunta a poner a disposición de la cultura nuevas fuentes de financiamiento, para beneficiar a la más amplia gama de disciplinas, actividades, bienes y proyectos artístico-culturales. La legislación estimula la colaboración pública-privada, en la medida en que establece que el Estado y el sector privado participen en el financiamiento de los proyectos culturales que se acogen a este beneficio. El fisco aporta al financiamiento mediante un crédito equivalente –en casi la totalidad de los tipos de donantes– a la mitad de la donación, lo que significa en la práctica una renuncia del Estado al cobro de esa parte del tributo. El año 2013, bajo el impulso del Presidente Sebastián Piñera Echenique, se promulgó una nueva ley de donaciones con fines culturales No. 20.675 que fundamentalmente amplía de dos a seis tipos de donantes e incorpora como nuevos beneficiarios a la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos y, por primera vez, a los propietarios de inmuebles patrimoniales. Así también, amplía los plazos de ejecución de las iniciativas y establece mecanismos de seguimiento y fiscalización de los proyectos”. Amplia información en <<http://www.donacionesculturales.gob.cl/ley-de-donaciones-culturales/>>, consulta: 19 de noviembre de 2014.

orientando a los medios para que se dé espacio a todas las expresiones artísticas, pues se corre el riesgo que se cumpla con el uno por uno, pero favoreciendo la canción comercial capitalista y sacrificando la canción de autor independiente, por tener una estética y unos contenidos distintos, que no se acomodan al canon del mercado.⁵⁹⁸

La ausencia de una política cultural coherente, amenaza con asfixiar una de las expresiones culturales más auténticas y creativas del arte ecuatoriano, debido curiosamente al desconocimiento y desestimación de los burócratas, mercaderes de la cultura, y dueños o directivos de medios de comunicación, es decir de quienes al ser detentadores de algún tipo de poder, no coinciden con las posturas emancipatorias, contestatarias, y reflexivas, de la canción de autor ecuatoriana.

3.2.3. La tutela de la libertad de creación y expresión artística y la canción de autor ecuatoriana

Una de las cuestiones que queremos plantear en el presente trabajo tiene que ver con el hecho de lo que significa incorporar un derecho al texto constitucional puesto que los derechos constitucionales, sin lugar a dudas, “tienen diferentes caras o dimensiones. Pueden concebirse, desde su *dimensión subjetiva*, como derechos de los gobernados frente al Estado; pero también son *principios objetivos* que deben informar la actuación de todos los poderes públicos”⁵⁹⁹ toda vez que, el ordenamiento jurídico y la institucionalidad pública, tienen como objetivo central el garantizar los derechos de las personas que devienen en derechos vitales, desde la perspectiva de un Estado de derechos y justicia en el cual la realización plena de los mismos se expresa en una forma de convivencia social denominada buen vivir.

Pues bien, se hace necesario encontrar la relación entre los preceptos constitucionales, para entender de mejor manera el planteamiento anterior. La constitución ecuatoriana al definir el tipo de Estado⁶⁰⁰ y dice claramente que el Ecuador

⁵⁹⁸ “Contra la canción capitalista y desafiando el canon de belleza del mercado” es una consigna exteriorizada en forma reiterada por el cantautor, poeta, historiador y académico argentino Gabo Ferro (Nota del autor).

⁵⁹⁹ Juan Silva Meza y Fernando Silva García, *Derechos fundamentales: Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*. (México DF: Porrúa, 2009), 137.

⁶⁰⁰ El art. 1 de la CRE manifiesta que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada” (Nota del autor).

es un Estado constitucional de derechos lo cual define en forma nítida la centralidad y primacía de los derechos constitucionales, en la organización de la convivencia social, lo que según nuestro criterio derrumba el tradicional argumento que las normas constitucionales son simplemente normas programáticas, para reinventar una concepción de Estado, que en teoría resulta absolutamente humanista y vanguardia.

El artículo 11, numeral 9 de la CRE manifiesta que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, lo que significa que el propio texto constitucional está reconociendo el compromiso de la sociedad en su conjunto para garantizar los derechos a través del Estado. No podemos dejar de señalar que “los derechos constitucionales que no puedan ser concebidos y argumentados como derechos fundamentales, no serían realmente tales sino meros derechos legales”.⁶⁰¹ Y la idea del texto constitucional ecuatoriano, aunque pueda resultar utópico, ha sido construir toda la legitimidad del Estado, sobre la garantía de la plena realización de los derechos de las personas.

El sistema nacional de inclusión y equidad social, contemplado en la Constitución, se define como el “conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo”.⁶⁰²

Lo que significa que el quehacer público está construido alrededor de los derechos y la realización de estos es su razón de ser, lo cual va a manifestarse en forma práctica en el proceso de construcción constante del *sumak kausay* o buen vivir, que “requerirá que las personas, comunidades, pueblos, y nacionalidades, gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza”.⁶⁰³

Los derechos se resguardan a través de las garantías constitucionales, que son mecanismos de protección, seguridad y auxilio, que según la Constitución ecuatoriana

⁶⁰¹ Rodolfo Arango Rivadeneira, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis, 2012, 33.

⁶⁰² Artículo 340, inciso 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁶⁰³ Artículo 275, inciso final de la Constitución de la República del Ecuador

son de tres tipos: garantías normativas, políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, y garantías jurisdiccionales,

Adicionalmente a estas, se consideran como garantías jurisdiccionales de fuente jurisprudencial los mecanismos de cumplimiento de sentencias, resoluciones y dictámenes constitucionales, que “se constituyen per se en auténticas garantías jurisdiccionales de protección y reparación de derechos constitucionales, si no existieran mecanismos de cumplimiento como los señalados, de nada serviría la presencia de garantías para la protección de todos los derechos constitucionales”.⁶⁰⁴

Desde la óptica del buen vivir, a estas hay que sumar:

Las instituciones del Estado, que en teoría en nuestro tipo de estado constituyen garantías institucionales.

El Régimen del buen vivir, puesto que el “Ecuador, como país andino, construye los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, sobre un concepto y visión del mundo nacido en las antiguas sociedades de la región de los Andes sudamericanos: el Buen Vivir es el Sumak Kawsay”.⁶⁰⁵

El Régimen de desarrollo, ya que como explicamos anteriormente, el Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución.

Con el nuevo modelo de Estado la centralidad del poder está en los derechos de las personas y los límites se encuentran en la Constitución material. Es decir, la Constitución determina el contenido de la Ley, el acceso y ejercicio de la autoridad y la estructura de poder, de tal forma que se conjuguen estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. En la nueva constitución, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos de las personas, es decir los Derechos someten al Estado, debido a que la aplicación del derecho en un estado Constitucional es la realización de la justicia. No pueden existir reglas en las leyes que se contrapongan al propósito de no desmejorar las condiciones de quien se encuentra en mayor grado de vulnerabilidad.⁶⁰⁶

Lo que quiere decir que bajo esta perspectiva de centralidad y priorización de los derechos, es lógico que la efectiva tutela de la libertad de creación y expresión artística,

⁶⁰⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-PJO-CC / caso No. 0999-09-JP.

⁶⁰⁵ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo del Ecuador, *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017* (Quito: SENPLADES, 2013), 16.

⁶⁰⁶ Wilton Guaranda Mendoza, “Facultades y limitaciones legales en el Ecuador para el desarrollo de actividades extractivas en áreas protegidas” (Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH), <http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=214:facultades-y-limitaciones-legales-en-el-ecuador-para-el-desarrollo-de-actividades-extractivas-en-areas-protegidas&Itemid=126>, consulta: 23 de noviembre de 2014.

tome como punto de partida su inclusión en el texto constitucional, pero se requiere de un conjunto de condiciones efectivas que posibiliten su realización de manera adecuada. Creemos que el simple reconocimiento de esta libertad cultural, por sí misma no es suficiente, si el Estado no garantiza los diversos aspectos que entran en juego, para que garantizar su real ejercicio.

La experiencia histórica demuestra que las restricciones a las libertades artísticas pueden originarse en las leyes y normas del propio Estado y es muy probable que esto ocurra en el Ecuador con la aplicación antojadiza de ciertas normas infracostitucionales que pudieran afectar a la libertad de creación y expresión artística, o el ejercicio de esta y otros derechos y libertades culturales a los artistas y muy puntualmente a cantautores, trovadores, bardos y canta escritores.

En atención a las especificidades de su arte, creemos que deberían prevalecer los principios *preferred freedoms* y de no restricción de los derechos y las libertades culturales, ya que bajo ninguna consideración la legislación secundaria, los reglamentos u otros cuerpos normativos podrían apartarse de la lógica constitucional garantista y de la naturaleza Estado Constitucional de derechos y justicia; caso contrario y siendo coherentes con nuestro análisis, se estaría vulnerando la libertad de creación y expresión artística, y las garantías normativas habrían degenerado en algo totalmente ajeno a la promesa constitucional, en función de los dictados del poder.

La libertad de creación y expresión artística de los cultores de la canción de autor, también puede verse afectada como resultado del temor a la coacción física o económica, frente a lo cual y en nuestro sistema vigente, se requerirá una intervención del Estado para equilibrar la situación, observando en la interpretación el principio *favor debilis*.⁶⁰⁷

Siendo plenamente conscientes que la libertad de creación y expresión artística, no es un derecho absoluto, creemos que las restricciones a su ejercicio que deben ser

⁶⁰⁷ “Miles y miles de artistas y pensadores aislados, cuyas voces son ahogadas por e lodioso tumulto de los falsificadores regimentados, están actualmente dispersos por elmundo (...) Toda tendencia progresiva en el arte es acusada por el fascismo de degeneración. Toda creación libre es declarada fascista por los estalinistas. El arte revolucionario independiente debe unirse para luchar contra las persecuciones reaccionarias y proclamar altamente su derecho a la existencia.” Manifiesto por un arte revolucionario independiente, México, 25 de julio de 1938, en http://sergiomansilla.com/revista/aula/lecturas/imagen/manifiesto_por_un_arte_re.pdf, consulta 7 de agosto del 2017.

razonables, proporcionales y coherentes, y ante todo deben estar formuladas con precisión suficiente para no generar escenarios de discrecionalidad, abuso o corrupción.

Además, para tutelar adecuadamente no debería existir en el Ecuador órganos de censura previa, en atención a los estándares internacionales establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que estima que los Estados deben “abolir la censura de actividades culturales que hubieran impuesto a las artes y otras formas de expresión. Esta obligación está íntimamente relacionada con el deber de los Estados parte, en virtud del párrafo 3 del artículo 15, de respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora”.⁶⁰⁸ Lo que significa que por ejemplo la censura previa deberá ser una medida excepcional y de *ultima ratio*, adoptada únicamente para evitar daños graves irreparables y estar debidamente fundamentadas.

Quienes estén encargados de adoptar decisiones, incluidos los jueces, al hacer uso de su potestad para señalar límites a las libertades artísticas, en especial la libertad de creación y expresión artística deben obligatoriamente considerar esencia de la naturaleza de la creación artística así como el derecho de los artistas a disentir, criticar, ironizar, o cuestionar utilizando su obra en contraposición al discurso de los poderes dominantes y a expresar su pensamiento y cosmovisión del mundo y la realidad; en este ámbito la utilización de lo imaginario, lo fantástico, lo ficticio, novelesco, o surreal, debe ser interpretado, apreciado y tutelado como elemento para la libre actividad creadora.

Se hace necesario garantizar el derecho de acceso al espacio público, pues la forma más frecuente de impedir la libre expresión de la creación artística en el Ecuador, es poner obstáculos para dificultar el acceso a dicho espacio, y así desestimular la participación de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores en la vida cultural de la comunidad, dejando en la práctica los principios constitucionales sin efectividad e imponiendo sobre ellos generalmente decisiones de carácter administrativo, muchas veces unilaterales y despóticas

Para garantizar la libertad de creación y expresión artística en el Ecuador, se requiere de mecanismos idóneos y eficaces que permitan que el acceso al financiamiento

⁶⁰⁸ Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ONU, Observación General No. 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 49.

público sea un derecho y no una facultad del burócrata de turno, para ello los organismos públicos deben brindar el respaldo financiero a las expresiones artísticas, especialmente a aquellas que no atraen a los patrocinadores empresariales, a través de diversos sistemas que permitan que el arte y la cultura tengan un espacio, y que no toda la oferta pública se base en la diversión, la jarana, y lo trivial.

Las decisiones de carácter económico tomadas por estos órganos deben ser motivadas y susceptibles de recurso, pues en el Ecuador la mayoría de decisiones que se toman en este ámbito son únicas, de carácter inapelable, y dejan al actor cultural en la más absoluta indefensión; un caso de estos fue la decisión de dejar sin financiamiento por parte del Ministerio de Cultura al Encuentro Internacional de la Canción de Autor EICA, impulsado por la Red Ecuatoriana de Trovadores, quienes no tuvieron ante que instancia acudir frente una decisión bastante polémica y desacertada.

La Red Ecuatoriana de Trovadores, en un comunicado público señaló:

Los productores generales del Encuentro dejamos constancia de que hemos expresado formalmente ante la Ministra de Cultura y su Viceministra nuestro total desacuerdo frente a su decisión. Hemos agotado mecanismos de diálogo posibles y propuesto medios alternativos para solucionar el error cometido a través de la Subsecretaría Técnica y la Viceministra, los cuales no dieron resultado efectivo alguno.

Agotados todos los medios, nos vemos obligados a hacer esta primera divulgación de los hechos ante la opinión pública, como una forma clara de mostrar otro dato que evidencia la poca claridad de criterios de las actuales Ministra y Viceministra de Cultura.⁶⁰⁹

La respuesta del Ministerio de Cultura del Ecuador, se hizo a través de un escueto comunicado informó que el evento de canción de autor, se había ubicado en el lugar No. 51 con un puntaje de 83,67, razón por la cual dicha cartera de Estado estimó que el veredicto del Comité Externo de Evaluación, Calificación y Selección se respetó, argumentó que se trató de un proceso transparente y democrático, que fue llevado adelante por reconocidos profesionales de la gestión cultural, y que se emplearon

⁶⁰⁹ El Comunicado de la RET con fecha 26 de octubre de 2011, está firmado por los artistas Fabián Meneses Massuh y Fabián Jarrín A. representantes del colectivo de trovadores. Una copia del mismo reposa en los archivos personales del investigador. (Nota del autor)

instrumentos técnicamente elaborados y validados. Sin embargo jamás consideró si la decisión ministerial estaba vulnerando derechos culturales, a través de una interpretación por lo cual el derecho de acceso al financiamiento público de la cultura queda sometido al criterio de un grupo de personas, con la capacidad de pronunciar un fallo inapelable, lo cual es absolutamente inadecuado y desfavorable, cuando se trata de tutelar derechos.

Son también mecanismos de restricción de la libertad de creación y expresión artística, los obstáculos que ponen a los viajes de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, pues impiden que su creación pueda mostrarse; pero también atenta contra esta libertad cultural el hecho de que sea únicamente un grupo de artistas nacionales, generalmente vinculados con el pop o la música vernácula, quienes permanentemente sean promocionados a nivel nacional e internacional por el Estado, en tanto que otros artistas, muchos de ellos provincianos, jamás son tomados en cuenta, lo cual evidentemente significa una forma de discriminación y una vulneración de sus derechos y libertades culturales, originada justamente por quienes tienen la obligación jurídica de garantizar la igualdad material y la igualdad de oportunidades, principios consagrados en la Constitución vigente. A esto se suman la actitud de los patrocinadores, ya sean estatales o privados, que esperan el servilismo y sumisión del artista.

En lo que tiene relación con las políticas culturales estatales, como garantías de derechos estas deberían tener en cuenta las libertades artísticas, en particular cuando determinan los criterios para la selección de los artistas o instituciones que recibirán apoyo del Estado y cuando establecen los órganos encargados de la asignación de auspicios y subvenciones, así como sus decisiones, instrucciones y reglamentos.

Para ello es imperativo que el sistema de derechos constitucionales y sus diversas garantías funcionen, y que el efecto de irradiación de los preceptos constitucionales, llegue a todas las esferas de la sociedad, en especial de lo público, de modo que sea capaz de evitar que los poderes económicos, políticos, culturales, comunicacionales, etc. ejerzan influencias indebidas y arbitrarias con el propósito de coaccionar y presionar a los artistas en especial en el caso de aquellos que como los cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, expresan una posición política, filosófica, crítica o reflexiva en sus trabajos. De hecho, cuando las autoridades estatales amenazan o condicionan el apoyo financiero a ciertos artistas o proyectos privilegiando a quienes son cercanos a sus afectos, intereses

ideologías o simpatías, evidentemente se estaría incurriendo en una violación de la libertad de creación y expresión artística.

En un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual el ser humano está sobre el mercado, los artistas deben estar protegidos mediante mecanismos efectivos, eficaces e inmediatos frente a toda censura ejercida por el mercado, más aun cuando se quiere impulsar en el país industrias culturales, muchas de las cuales en algún momento van a fundamentalmente a estar ante todo orientadas a la búsqueda y obtención de lucro.

Por otra parte, consideramos que desde el Estado se deben tomar todas las medidas adecuadas para que las artes y los artistas no se conviertan en meros anunciantes ni de los intereses empresariales, ni parte de las campañas de imagen del gobierno, para así garantizar su independencia y no afectar la libertad de creación y expresión artística.⁶¹⁰

La autonomía de los artistas, aspecto central para la plena garantía de la libertad de creación y expresión artística, solamente puede estar protegida y asegurada, garantizarse, mediante adecuados mecanismos de financiación, equilibrio adecuado entre el rol de los sectores público, privado, y tercer sector, de modo que se puedan abrir espacios favorables para la creación artística.

Los creadores requieren que sus ingresos por concepto de derechos de autor y sus actuaciones artísticas sean debidamente salvaguardados, inclusive esta garantía debe protegerlos frente a las propias Sociedades de Gestión de Derechos, como el caso de Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador SAYCE⁶¹¹, que no son propietarias ni

⁶¹⁰ La militancia del reconocido cantautor Hugo Idrovo en favor del Gobierno de Alianza País generó muchas críticas contra su persona, al respecto el periodista Roberto Aguilar en una carta pública manifestó: “La misma canción que cantas en las tribunas de los actos oficiales donde no esperan de ti otra cosa que no hayan esperado antes de Pueblo Nuevo. No es delito, desde luego, estás en tu derecho de hacerlo. Pero para quienes te hemos admirado a lo largo de tantos años resulta doloroso ver a un artista de tu tamaño rebajarse con tanta convicción y orgullo al cachuelismo de la música por encargo, de la propaganda ideológica pura y dura. Como Pueblo Nuevo. [...] Hugo, la gente percibe que en tu salario (el tercero más alto del ministerio de Cultura, muy por encima de tu rango) hay una desproporción que alguien tiene que explicar. Y tiene derecho a indignarse porque estamos hablando de plata pública. Eso, así como tu doble papel de funcionario y artista tarimero del gobierno son temas que conciernen a la sociedad. Y no basta con indignarse, descalificar a los críticos, tratarlos de “don nadie”, de “gente que ha perdido el control” y está “dominada por la mediocridad, el odio y la envidia”. No basta con acudir a todo el repertorio de negaciones aprendidas del presidente de la República.” Puede leerse en la página web de 4 pelagatos <<http://4pelagatos.com/2016/02/02/a-hugo-idrovo-en-primer-persona/>>, consulta: 4 de febrero de 2016.

⁶¹¹ La Sociedad de Autores es una entidad de gestión colectiva, que administra los derechos de los autores y compositores sobre sus obras musicales. SAYCE no es una entidad gremial, sino una Sociedad de derecho privado, sin fines de lucro, legalmente constituida, miembro de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores. (Nota del autor)

de las obras, ni de los artistas, que siempre deberán mantener incólume sus derechos y libertades culturales.

En cuanto a las condiciones de vida y de desempeño de su quehacer artístico, cantautores, trovadores bardos y canta escritores requieren de un entorno exento de miedo y de inseguridad, para gozar efectivamente de su libertad de creación y expresión artística.

Consideramos que para garantizar adecuadamente la libertad de creación y expresión artística, los Estados deberían garantizar la participación de los artistas independientes, y de los representantes de los colectivos y asociaciones de artistas en la adopción de decisiones relacionadas con el arte, e inhibirse de realizar designaciones y nombramientos a administradores, directores u otros similares en las instituciones culturales sobre la base de su afiliación política, religiosa o empresarial, promulgar y vigilar el adecuado cumplimiento de leyes antimonopolio en el sector de la cultura y los medios de comunicación, garantizar la seguridad social y condiciones laborales adecuadas para creadores y artistas, cuestión que de algún modo toca la Ley orgánica de cultura, pero cuya implementación deberá hacerse con criterios técnicos y solidaridad, y apoyar la salvaguardia de la supervivencia de los espacios culturales y artísticos independientes.

Además, es indispensable documentar sistemáticamente las violaciones del derecho a la libertad de creación y expresión artística, que lamentablemente en el Ecuador pasan desapercibidas, dejando a creadores y artistas en la indefensión, desprotección y desamparo, y presentar informes sobre esta temática a los órganos nacionales e internacionales competentes.

La complejidad del derecho a la libertad de creación y expresión artística, requiere de la operación conjunta de aquellas garantías tanto normativas como jurisdiccionales, políticas culturales públicas, servicios públicos y de participación que el Estado debe implementar, para respetar, promover y garantizar este derecho de libertad, ya que no podemos olvidar que:

Una amplia gama de agentes pueden crear obstáculos o imponer restricciones a la libertad de expresión y creación artísticas. Figuran entre estos los Estados, pero también los agentes no estatales en sus propias esferas de influencia, como los medios de comunicación y radiodifusión, las empresas de telecomunicaciones y de producción, las

instituciones educativas, los extremistas armados y la delincuencia organizada, las autoridades religiosas, los líderes tradicionales, las empresas privadas, las empresas de distribución y los comerciantes minoritas, los patrocinadores y los grupos de la sociedad civil, como las asociaciones de padres.⁶¹²

En consecuencia es indispensable que en Ecuador se realice evaluaciones nacionales periódicas para verificar la situación de la libertad de creación y expresión artística, reconociendo el carácter multifacético de los obstáculos, impedimentos y limitaciones a las libertades artísticas, ya que aquello nos permitirá comprender mejor las obligaciones del Estado de respetar, proteger y hacer efectivas a través de las garantías pertinentes, los derechos y libertades culturales, recogidos en la Constitución del año 2008, y reconocidos por varios tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, con el propósito de desarrollar buenas prácticas, y fortalecer el Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual la creación artística debe constituirse en uno de los elementos fundamentales en la construcción del buen vivir.

3.2.4. Visión de futuro sobre la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana

En este estudio se muestra la importancia de los derechos culturales, la complejidad de la libertad de creación y expresión artística, y la vulnerabilidad de los derechos de los creadores, en un entorno que desestima al arte.

El menosprecio al quehacer cultural y artístico ha sido una característica de la sociedad ecuatoriana, realidad palpable a través de la gestión de sucesivos gobiernos que poco o nada han hecho sobre el tema, frente a la impotencia de quienes se dedican a esta actividad. La Constitución vigente en el Ecuador trajo inicialmente vientos de esperanza con la promesa constitucional del buen vivir que parecía sugerir que “el arte es un principio y fin del proyecto de la organización social en construcción en Ecuador”⁶¹³ anhelo que muy pronto se vería truncado frente al implacable peso de la realidad.

⁶¹² Shaheed, “Informe de la Relatora Especial”, Apartado 44.

⁶¹³ Restrepo, coord. *Derecho al arte*, 13.

La Constitución de 2008, llamada de Montecristi o del Buen vivir, finalmente condujo al afianzamiento de un proyecto de carácter estatista y no humanista como se pensaba.

El fortalecimiento del Estado implementado como una respuesta al supuesto abandono del mismo, durante los años en que se ensayaron en el país políticas neoliberales con resultados catastróficos, argumento que ganó el respaldo de toda sociedad ecuatoriana, en especial de la izquierda, e inclusive de los pocos libertarios sinceros y pragmáticos que saben que en ciertos momentos se pueden tolerar algunas instituciones del Estado siempre y cuando existan los mecanismos que permitan su integración y control desde una participación popular amplia y más efectiva; enfoque que no es una contradicción sino que procede de una evaluación, conveniente para el bienestar general; eso sí jamás podemos caer en la trampa de creer en la existencia de un estado popular o democrático, pues sabemos que el Estado por su naturaleza siempre será la herramienta del poder para la dominación; en consecuencia el Estado desde la lógica constitucional puede constituirse garante o vulnerador de los derechos y libertades culturales.

Luego luego de haber transcurrido algunos años desde vigencia de la llamada Constitución del buen vivir en Ecuador, el panorama es desalentador:

¿Quién dice la Constitución? No la dice el arte o los brotes histéricos de una masa, no lo dice el espacio público hartado y pálido, lo dicen los expertos, los tribunales deliberando sobre un proceso súper sofisticado en espacios cerrados. Así, el texto es también donde la anomalía se conjura, donde la aporía se resuelve y la paradoja se aplasta. El discurso opera para filtrar la verdad, para adelgazarla hasta proporciones manipulables en la palabra pero, sobre todo, el discurso de los expertos nos fija a cada quien el lugar a ocupar dentro del proceso, nuestro espacio vital o peor aún, nuestra carencia como sujetos, nuestros seres incompletos, imperfectos que tienen que abrazar la salvación de la ley para ser, para existir.⁶¹⁴

Definitivamente la promesa constitucional va difuminándose en medio de maniobras, simulaciones y argucias, y poco a poco la gente pierde la fe en aquel documento jurídico-político redactado en Montecristi, que aunque pueda resultar esperanzador en ciertos párrafos, su aplicación en la praxis ha sido decepcionando, porque al final

⁶¹⁴ Restrepo Sanín, *Teoría crítica constitucional*, 115.

únicamente significó un reacomodo en las relaciones de poder, pero la dominación se mantuvo incólume.

En consecuencia, ¿qué es lo que realmente quiere el Estado garantizar, cuando la Constitución recoge la libertad de creación y expresión artística? ¿Está la sociedad ecuatoriana a través del Estado lo suficientemente consiente de lo que significa haber integrado los derechos y libertades culturales al catálogo de derechos constitucionales? ¿Está el Estado dispuesto a asumir su responsabilidad o se trató simplemente de un momento de euforia constituyente? Las respuestas posiblemente rozan los inciertos territorios de la conjetura, pues aunque existe una realidad normativa y doctrinaria, la praxis es absolutamente distinta.

El sistema jurídico ecuatoriano no ha cambiado en su esencia a partir de estos años de vigencia de una constitución publicitada como progresista, y de un Estado constitucional y democrático de derechos y justicia, y finalmente la incorporación de las libertades culturales entre ellas la libertad de creación y expresión artística, en el texto constitucional y en las normas infraconstitucionales próximas a ser aprobadas, paradójicamente podrían conducir a un modelo por el cual “ante todo se trata de aprisionar las múltiples posibilidades de la libertad pura para forzarlas a pasar por el ojo de la aguja de la disciplina social”.⁶¹⁵

Cuesta creer que finalmente las cosas se confundieron maliciosamente y que el Estado de derechos dejó de ser un Estado cuya razón de ser sería la tutela y promoción de la dignidad humana, para convertirse en un Estado que expropio los derechos a los ciudadanos para convertirse él mismo en el único titular de derechos, lo cual sin lugar a dudas es una aberración puesto que los Estados no tiene derechos sino que ejercen facultades o atribuciones, en atención a su naturaleza.

Sin embargo, la oportunidad de que los derechos y libertades vinculadas al arte sean tomados en serio, aún se encuentra escrita en el texto constitucional, aunque en la práctica resulta sumamente difícil en el país, especialmente cuando no está en la mente de gobernantes, legisladores, académicos, y juristas, ya que el prejuicio de que el arte es trivial y nimio está latente, y aunque lo queramos disimular con alocuciones calculadas, finalmente la tutela del arte y la cultura, y su aprecio como actividad significativa para

⁶¹⁵ Michael Onfray, *Antimanual de filosofía* (Madrid: EDAF, 2007), 131.

las personas, la sociedad y el buen vivir, finalmente llega a parecerse a la historia del traje invisible del emperador,⁶¹⁶ puesto que vivimos inmersos en una situación de disimulada ignorancia colectiva, y aunque los involucrados estén plenamente conscientes de tal condición, se callan y fomentan en las mayorías, la negación de una realidad que resulta evidente, sin querer reconocer que

el derecho es un forma de hacer cosas con palabras, “es performance y en tal sentido no se encuentra demasiado lejos del “game show” de televisión, la telenovela o cualquier otro ritual en términos de espectacularidad, forma y falta de sustancia” (Guardiola y Sandoval, 2003: 73-74), sin olvidar ni un instante que el mismo constituye la más antigua de las “ciencias de las leyes para someter y hacer obedecer.

En ese orden de ideas, la creencia (cínica) sostiene la fantasía (jurídica) que regula nuestra realidad social. Lo que llamamos “realidad Jurídica” se apoya en un cierto “como sí”, y en cuanto se pierde la creencia, la trama de la realidad misma se desintegra. Actuamos como si creyéramos en la omnipotencia de la burocracia, como si el presidente encarnara la Voluntad del Pueblo, como si la ley fuese racional y estuviese soportada sobre un ambiente axiológico constitucional, como si el juez fallara siempre derecho.⁶¹⁷

Las garantías de los derechos constitucionales, aunque no quiera reconocerse oficialmente, son consideradas *costes sociales*, y entonces encontramos que existe una tendencia a priorizar la atención de bienes necesarios para sobrevivir, y muchas veces se olvida de las necesidades intelectuales y espirituales de los seres humanos, por construir sociedades en las cuales existan condiciones materiales concretas para tener una vida digna. Es entonces cuando se presenta como un gran reto para el derecho y al arte en el futuro inmediato, explicar a la conciencia social, que la lucha por los derechos y libertades culturales no significa sacrificar la satisfacción inmediata de las necesidades materiales elementales, sino que se proyecta hacia una lucha por mayor dignidad, por tanto las garantías a los derechos, no solamente deben ser aquellas contempladas en un cuerpo normativo, muchas veces otorgadas por la benevolencia del poder, sino que deben ser el resultado de las luchas por la emancipación de las personas, las colectividades y los pueblos y por tanto deben ser políticas, sociales, económicas, normativas, jurisdiccionales, institucionales, y de participación, y deben estar diseñadas para resguardar la totalidad de

⁶¹⁶ Hans Christian Andersen, *El traje nuevo del emperador*, trad. por María Victoria León, Editorial Everest, 2005

⁶¹⁷ Daniel Flores Muñoz, “El sublime objeto del Derecho Moderno: Un jurista llamado Slavoj Žižek”, , *International Journal of Žižek Studies* 5, No. 4 (2011) (Cartagena), 5 y 14.

los derechos incorporados al texto constitucional y reconocidos en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es más, la organización social debería avanzar hacia un constitucionalismo cultural libertario, en el cual la organización de la sociedad condicione que gestión de lo político esté regida por las decisiones dictadas por la soberanía popular mediante estructuras assemblearias, que permiten la representación y minimice la delegación, sin perder de vista el hecho de que ciertas cuestiones pueden requerirla en determinadas circunstancias puntuales, lo que vendría de algún modo a viabilizar la fórmula de gobernar obedeciendo, cuya fuente de inspiración evidentemente está en los postulados neozapatistas;⁶¹⁸ el establecimiento de mecanismos de control de las personas encargadas de la ejecución de los acuerdos assemblearios y su implementación, a través de la rendición de cuentas, la transparencia y la revocabilidad de los mandatos; el respeto de principio de subsidiariedad, para que las decisiones sean tomadas en el nivel jerárquico más bajo y sean de obligatorio cumplimiento, dotando de la máxima autonomía posible a todo colectivo, para que este solidariamente y en cuestiones muy puntuales puedan hacer una cesión equitativa de su autonomía; todo lo cual significa repensar en la organización social en su conjunto.

Lo que ocurre es que no es verdad que la simple existencia de una norma de carácter constitucional garantiza por sí misma los derechos y libertades, o en el caso concreto de nuestro estudio la libertad de creación y expresión artística, y menos aún que esté tutelando el trabajo de artistas críticos como son cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, ya que a más de las limitaciones económicas, y la falta de voluntad política, las coordenadas culturales desde las cuales se están enfocando los derechos y libertades culturales en el país son bastante reducidas, al punto que su justiciabilidad es una contingencia en la cual, el poder siempre tiene las de ganar.

Creemos que en la hora presente y de cara a la realidad que estamos enfrentando, los creadores, artistas e intelectuales ecuatorianos, están llamados a asumir la tarea de

⁶¹⁸ “Y vemos que hay que cambiar y que manden los que mandan obedeciendo, y vemos que esa palabra que viene de lejos para nombrar la razón de gobierno, de `democracia', es buena para los más y para los menos”. Palabras del subcomandante Marcos en un discurso pronunciado el 26 de febrero de 1994. Puede leerse en la página web de memoria política de México <http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/7CRumbo/1994-Mandar_obedeciendo.html>, consulta: 2 de enero de 2017.

defender los derechos y libertades culturales, empezando por entender que el “Contextualizar los derechos como prácticas sociales concretas nos facilitaría ir contra la homogeneización, invisibilización, centralización y jerarquización de las prácticas institucionales tradicionales”⁶¹⁹ pues la “defensa de la adjudicación constitucional y el núcleo duro y progresista de los derechos ha sido incapaz de detener los ímpetus de autoridad de los nuevos desicionistas y los Ejecutivos Fuertes”.⁶²⁰

No hay que olvidar algo que ya se planteó al inicio del presente trabajo: el arte libre es ácrata, crítico, confrontativo, e insumiso, por ello la verdadera razón de la inclusión del derecho constitucional a crear y expresar arte, no es el garantizar una libertad cultural, sino alcanzar la sujeción de la libertad de creación y expresión artística a la razón del derecho, pues bajo argumentos realistas, pragmáticos, o por razones de Estado, finalmente las reivindicaciones son confinadas por los gobiernos, al rol baladí de simple retórica constitucional sin trascendencia.

La visión de futuro que proponemos es superar las simplificaciones que reducen a los derechos y libertades culturales a una categoría menor, y confrontar los intentos totalitarios, la moral social engañosa, las insuficiencias de las leyes restrictivas, y sus propias limitaciones. No podemos negar que la libertad de creación y expresión artística tiene su campo de batalla en lo simbólico, el plexo iusaxiológico de la sociedad, los aparentes problemas de indeterminación, las complejidades de concreción, y la construcción de los seres humanos; sin embargo aquello justamente constituye la dialéctica de los derechos que rebasa la austera contabilización de reglas que caracteriza al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Ante las pretensiones de supremacía del poder que intenta absorber por todos los medios para imponer una cultura legal homogénea y funcional, las reivindicaciones libertarias del arte disputan un espacio y un impulso dinámico desde su potencial autocreativo, y entonces la irrupción del mundo de la imaginación en medio del mundo positivista empírico, empieza un combate en el cual la utopía social demanda la promesa constitucional, y el pragmatismo de la realidad entra en crisis.

⁶¹⁹ Herrera Flores, <<http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/338.pdf>>, consulta: 17 de julio de 2015.

⁶²⁰ Guardiola Rivera Oscar y Sanín Restrepo Ricardo, En fin es el fin: Estudio introductorio del libro de Costas Douzinas, *El fin de los derechos humanos* (Bogotá: Legis, 2008), 31.

La raíz de la libertad de creación y expresión artística es un desafío para la los saberes jurídicos, para el mito de las sociedades perfectas, para el Estado que se cree omnipotente, para el poder avasallante, para el deseo legalizado, y pánico ante la inseguridad, porque como dice Stéphane Hessel, en su manifiesto *¡Indignaos!*: “Crear es resistir, resistir es crear”.⁶²¹

En medio de una práctica jurídica tradicionalista y nada innovadora, los defensores del pragmatismo siguen considerando que apostar por la defensa de los derechos y libertades culturales es una insensatez o al menos una excentricidad; sin embargo, quienes creemos aún el ser humano y en su capacidad de imaginar un mundo mejor, seguiremos resistiendo.

⁶²¹ Hessel Stéphane, *¡Indignaos!* (Barcelona: Destino, 2011), 41.

CONCLUSIONES

Al finalizar el presente estudio, podemos señalar las siguientes conclusiones:

1. La tarea de configuración del derecho de libertad de creación y expresión artística es de capital importancia para resguardar una dimensión trascendental de la dignidad humana

Configurar significa dar determinada composición, forma o figura a una cosa, por ello en el presente estudio hemos tratado de fortalecer la idea de que la libertad de creación y expresión artística, siendo un derecho de carácter cultural, no puede concebirse de manera aislada del conjunto de derechos constitucionales, pues todos y cada uno de ellos tiene un vínculo que los amalgama, tal como lo determina el artículo 11, numeral 6 de la Constitución ecuatoriana que manifiesta que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

La libertad de creación y expresión artística tiene su origen en el valor libertad al que se añaden los de igualdad y solidaridad, por tratarse de una manifestación de la dignidad humana intrínseca que es su fundamento connatural; de tal modo que esta libertad cultural por razones de eficacia, eficiencia y efectividad, precisa de una concepción adecuada, unitaria y coherente.

La configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística, constituye un trabajo hermenéutico a través de la cual se pretende dotarla de ciertos contenidos teóricos atendiendo a las particularidades de la misma, y entendiendo las diversas dimensiones y texturas del trabajo intelectual que van desde la carga emotiva del lenguaje de los derechos, hasta la vaguedad con la que aparecen redactados en el texto constitucional.

El proceso de configuración de la libertad de creación y expresión artística, resulta bastante complicado debido a la escasa información jurídica sobre el tema, y al mismo

tiempo por la variedad de enfoques de los que son susceptibles los temas relacionados con el arte, lo que ocasiona problemas en la construcción de un discurso sistematizado.

Asimismo, la tarea de entender los derechos y libertades culturales como un subsistema dentro del sistema de derechos constitucionales genera mayores dificultades, cuando su naturaleza emancipatoria choca con las pretensiones de un ordenamiento jurídico que opera como un dispositivo normalizador y homogeneizador en la lógica del control social.

Desde este enfoque encontramos una serie de circunstancias que hacen de la configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística una labor problemática, y mucho más cuando los derechos constitucionales están redactados de manera genérica y abstracta, y el contenido de los mismos se vuelve ambiguo y nebuloso; existiendo el riesgo constante que con cada interpretación que pudiera hacer la Corte Constitucional en cada caso concreto, intentando ceñir el contenido del derecho constitucional a la realidad, se podría terminar desnaturalizando la esencia misma de esta libertad cultural.

Un tema importante para este estudio, ha sido definir si las normas constitucionales que se refieren a la libertad de creación y expresión artística regulan el ejercicio de la misma o protegen la libertad que permite decidir y elegir libremente sin intervención del Estado ni de terceros; y desde una perspectiva amplia y atendiendo a las múltiples interacciones que caracterizan este derecho de libertad, hemos sugerido que tomando como punto de partida el segundo supuesto, debería entenderse que en este asunto en particular, al menos podría hablarse de tres obligaciones jurídicas elementales y concurrentes: una *garantizadora* que abriría la posibilidad de crear espacios exentos de toda intervención arbitraria que pudiera vulnerar el pleno ejercicio de esta libertad cultural y permitiría a los titulares actuar libremente y sin interferencias; otra *participativa* que haría posible la intervención del individuo o colectivo titular de la libertad cultural, para contribuir en la formación de la organización de la convivencia social a través del ejercicio de la ciudadanía cultural y la democracia cultural participativa; y finalmente una *promocional*, con el fin de utilizar todos los recursos disponibles para arraigar en la conciencia colectiva el respeto y cuidado de los derechos y libertades culturales y particularmente de la libertad de creación y expresión artística.

No debemos olvidar además que al igual que todos los derechos humanos y constitucionales, la libertad de creación y expresión artística, sirve también para enfrentar al poder, emancipar a las personas y los pueblos, afianzar la solidaridad, reforzar la dignidad humana, e imaginar utopías.

2. La libertad de creación y expresión artística es un derecho de libertad emergente

Consideramos que la libertad de creación y expresión artística es todavía un derecho emergente⁶²² toda vez que se encuentra en pleno proceso de configuración, a pesar que a nivel constitucional existe ya un reconocimiento de carácter normativo.

El derecho a la libertad de creación y expresión artística radica, al igual que los demás derechos humanos y constitucionales en la dignidad humana, y se expresa en una doble dimensión: a nivel individual como una reivindicación vinculada a la libertad de creación, expresión del pensamiento e información; y a nivel colectivo, como un derecho de los pueblos en ejercicio de su autodeterminación.

A nivel internacional la libertad de expresión como un derecho humano básico ha sido durante largo tiempo, un tema de debate en el seno de Naciones Unidas, surgiendo a partir del 11 de septiembre del 2001 preocupaciones en torno a ella en distintas ocasiones y en varios foros, relacionados sobre todo con el control político y los sentimientos religiosos

Recientemente se presentó un primer informe sobre el derecho a la libertad de expresión artística y la creatividad, publicado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en marzo de 2013, en el cual Farida Shaheed, Relatora Especial en el ámbito de los Derechos Culturales, abordó las formas multifacéticas en que las libertades indispensables para la expresión artística y la creatividad pueden ser restringidas, evidenciando la creciente preocupación a nivel mundial de que las voces

⁶²² El concepto de derechos humanos emergentes toma fuerza a partir del primer Foro de las Culturas, con la aprobación del proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes del año 2004 que se aprobó formalmente en Monterrey como Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes en el 2007.

artísticas hayan sido o sean silenciadas a través de diversos medios y formas; e identificando en su informe leyes y regulaciones que restringen las libertades artísticas, así como cuestiones económicas y financieras que tienen gran impacto sobre dichas libertades, haciendo énfasis en el hecho de que las motivaciones para los atentados contra la libertad de creación y expresión artística son a menudo políticas, religiosas, culturales o morales, radican en intereses económicos, o son una combinación de éstas.

Resulta oportuno manifestar que el apoyo a nivel mundial y el seguimiento sistemático de las violaciones a la libertad artística ha sido llevado a cabo principalmente por dos Organizaciones de la Sociedad Civil: *Pen International*, una asociación internacional de escritores fundada en 1921 y *Freemuse*.

En Ecuador, la reflexión del pensamiento jurídico nacional sobre derechos culturales y específicamente sobre la libertad de creación y expresión artística es aún incipiente, y el interés académico sumamente limitado. El debate sobre derechos y libertades culturales se inició de manera formal en la Asamblea Constituyente del año 2008.⁶²³

La garantía de la libertad de creación y expresión artística tiene una dimensión amplia, pues favorece la igualdad al mismo tiempo de proteger la diferencia, por tanto al tiempo que se beneficia a todos los integrantes de la sociedad, también se protege cualquier manifestación cultural desarrollada por una persona, o por un colectivo; es por ello que la especificidad de esta libertad cultural al igual que otros derechos culturales radica en la indeterminación.

3. La libertad de creación y expresión artística es un derecho de libertad complejo y autónomo

⁶²³ Los derechos culturales en el Ecuador aparecen expresamente garantizados en el artículo 377 en la CRE de 2008, que dice en su parte final “Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales” (nota del autor).

Como señalamos en el apartado anterior, la libertad de creación y expresión artística siendo un derecho en plena consolidación, constituye un derecho peculiar, complejo y autónomo, pero no es parte del derecho a participar en la vida cultural, ni es un subgénero de la libertad de expresión en general.

La libertad de creación y expresión artística tiene una íntima relación con la identidad nacional, la creatividad, la innovación, las espiritualidades, el patrimonio cultural y la memoria social; y si bien en materia cultural, a partir de la vigencia de la constitución ecuatoriana del año 2008, se observa un intento por consolidar un nexo mucho más claro entre Estado y cultura, la relación entre Estado y libertad de creación y expresión artística revela tensiones, pues el vigor de esta libertad cultural se manifiesta de forma natural contra la opresión de las instituciones sociopolíticas de dominación, evidenciando un conflicto de interés entre las minorías privilegiadas frente a las reivindicaciones del arte.

Si leemos detenidamente el texto constitucional ecuatoriano, veremos que en el primer apartado se establecen los caracteres configuradores de la libertad de creación y expresión artística. En la segunda sección se la consagra como un derecho, que el Estado está obligado a promover, y finalmente se llega a reconocer sus frutos como parte del patrimonio cultural.

4. La libertad de creación y expresión artística está constantemente amenazada por tratarse de un derecho libertario y emancipatorio.

Existe una realidad incuestionable tanto a nivel nacional como en la esfera internacional: las amenazas a la libertad artística son escasamente notificadas en comparación con las amenazas a los periodistas y a otros profesionales de los medios de comunicación. Un análisis de la lista de Casos de PEN International en el año 2014 indica que aproximadamente 26 practicantes o profesionales de la literatura y autores de canciones

fueron detenidos, procesados o perseguidos de alguna u otra forma en 2014 debido a su labor literaria.⁶²⁴

Por sus connotaciones críticas y políticas, libertad de creación y expresión artística, va más allá de la libertad de expresión en general; el arte a través de su creación y libre expresión es capaz de construir y reconstruir la conciencia humana en su integridad, por tanto la libertad de creación y expresión artística, no solamente se refiere al derecho de los artistas a crear sino al derecho de todas las a disfrutar libremente de dichas expresiones artísticas, como una práctica de libertad individual y colectiva que reafirma su condición socio vital y humana.

Fue la Constitución portuguesa de 1976, la primera que recoge en la historia a la libertad de creación y expresión artística, incorporándola desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; el concepto creación artístico-cultural aparece por primera vez en Ecuador en la Constitución de 1967, pero la libertad de creación y expresión artística, se consolida y aparece finalmente configurada como derecho cultural, en la Constitución ecuatoriana del año 2008.

Los conceptos de Estado de cultura y Constitución cultural deben ser ampliamente debatidos en el Ecuador, pues parecería que a partir de la Constitución del año 2008, son cuestiones fundamentales que han de ser explicados para dotar de contenidos adecuados y humanistas al buen vivir.

Entre la libertad artística individual considerada en términos generales y el cuidado y fomento del arte que desarrolla el Estado a través de sus políticas culturales y del modelo de gestión, no existe una sinergia adecuada, en razón de ciertas pretensiones opresoras que viene del poder, el Ecuador de la hora presente.

Resulta sumamente importante reflexionar sobre la relación entre democracia, y libertad de creación y expresión artística. Desde nuestra experiencia, proponemos hacerlo desde la perspectiva libertaria de la realización de los derechos y libertades culturales en relación con dos cuestiones clave que son ciudadanía cultural y democracia cultural participativa como categorías implícitas en la Constitución ecuatoriana vigente, y evitar que los organismos culturales oficiales, se apropien del discurso sobre derechos y

⁶²⁴ Freemuse. 2014. Violations on Artistic Freedom of Expression in 2014. Copenhagen, Freemuse. <<http://artsfreedom.org/?p=8615>>, consulta 3 de agosto 2016.

libertades culturales, y sobre como ejercer la libertad de creación y expresión artística, ya que desde el poder permite de manera extremadamente limitada la participación democrática en el debate, y la necesaria reflexión y resolución de los problemas jurídicos, políticos y socioculturales de la materia.

Lamentablemente la inclusión del derecho constitucional a crear y expresar arte, pretende no garantizar una libertad cultural, sino alcanzar la sujeción de la libertad de creación y expresión artística a la razón del derecho.

5. El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor tiene un contenido político que la pone en una situación de vulnerabilidad

Políticamente la cuestión del control de la libertad de creación y expresión artística presenta situaciones dramáticas, pues la cesura disfrazada, o la falta de justiciabilidad no siempre son los principales y únicos problemas que debe enfrentar, pues como señalamos anteriormente, en la práctica, son otro tipo de expresiones las que obtienen el mayor grado de protección, y en cuanto a las expresiones de tipo artístico, suelen recibir una protección mucho menor.

Una manifestación artística crítica, contestaría, irreverente, poética, reflexiva, concienical, como la canción de autor, necesariamente va a ser incómoda para el poder, y sobrevive en espacios alternativos, puesto que al poder que manipula el sistema cultural, no le interesa promover la canción inteligente sufriendo una censura soterrada tanto del Estado como del mercado.

Mientras el contenido social, político, filosófico, o emancipatorio de una canción es más profundo, reflexivo o propositivo, estará menormente garantizada la libertad de creación y expresión artística de su creador, cuestión que podríamos expresar de la siguiente manera:

Sabiendo que:

a= profundidad del contenido social

b= profundidad del contenido político

c= profundidad del contenido filosófico

d= profundidad del contenido emancipatorio

e=contenido de la canción

f= libertad de canción y expresión

g= garantizada

Cumple que:

$$si e > f \Rightarrow a, b, c, d < g \wedge si e < f \Rightarrow a, b, c, d > g$$

Lo que significa que a mayor profundidad del contenido social, político, filosófico, o emancipatorio de la canción, está menos garantizada la libertad de creación y expresión artística; y por otra parte a menor profundidad del contenido social, político, filosófico, o emancipatorio de la canción, estará mayormente garantizada la libertad de creación y expresión artística; lo que significa que el contenido reflexivo, crítico, o político de la canción de autor sitúa a los cultores de este género en una situación de mayor vulnerabilidad en la esfera de la libertad de creación y expresión artística.

Una amplia gama de agentes pueden crear obstáculos o imponer restricciones a la libertad de expresión y creación artística de cantautores, trovadores, bardos y cantaescritores: figuran entre estos los Estados, pero también los agentes no estatales en sus propias esferas de influencia, como los medios de comunicación y radiodifusión, las empresas de telecomunicaciones y de producción, las instituciones educativas, los extremistas armados y la delincuencia organizada, las autoridades religiosas, los líderes tradicionales, las empresas privadas, las empresas de distribución y los comerciantes minoritas, los patrocinadores y los grupos de la sociedad civil, como las asociaciones de padres.

6. A pesar de la prohibición constitucional a la censura, en la práctica existe una censura disfrazada que afecta a la libertad de creación y expresión artística

Diversos grupos de interés buscan regular y controlar las expresiones artísticas que consideran indeseables, y permanentemente las expresiones artísticas, sean libros, películas, géneros musicales o pinturas, son censuradas o atacadas, mientras que sus propios creadores sometidos e inclusive sujeto de sanciones, llevados a juicio, atacados físicamente, encarcelados, raptados o incluso asesinados, de hecho en el año 2014, *Freemuse* registró un número total de 237 ataques y violaciones contra la libertad artística,⁶²⁵ y aunque los efectos de la censura pueden identificarse fácilmente en casos en que los artistas son encarcelados o asesinados, otro tipo de consecuencias tales como las repercusiones sociales y económicas de las restricciones a la libertad de expresión artística y al acceso a ella son sumamente difíciles de verificar o medir; sin embargo hay pocas dudas de que las restricciones a la libertad artística y al acceso a las expresiones artísticas generan importantes pérdidas culturales, sociales y económicas, y generando un entorno inseguro para todos aquellos implicados en las artes, sus públicos, y a toda la colectividad.

Los Estados no proporcionan en su conjunto estadísticas anuales sobre las obras que han sido sujetas a censura previa, prohibidas o suspendidas temporalmente; dada la naturaleza oculta de la autocensura, las estadísticas no ponen de manifiesto cómo los propios artistas se han limitado en las formas ya mencionadas anteriormente.

La censura disfrazada que se ejerce en contra de la libertad de creación y expresión artística, puede ser directa, indirecta, previa o de mercado, dependiendo de la esfera en que se expresan las relaciones de poder, en tanto que la autocensura puede ser explícita, consciente o inconsciente, y la falta de claridad conceptual nos está llevando a vivir bajo la lupa de censores que se han autoimpuesto la misión de custodiar la moral social desde un cargo público, lo cual crea tensiones con expresiones contestatarias y libertarias como es el caso de la canción de autor.

⁶²⁵ Freemuse. 2014. Violations on Artistic Freedom of Expression in 2014. Copenhagen, Freemuse. <<http://artsfreedom.org/?p=8615>>, consulta 3 de agosto 2016.

7. Existen una falta de justiciabilidad en los casos de violaciones a la libertad de creación y expresión artística en el Ecuador.

Es una realidad incuestionable la falta de justiciabilidad de la libertad de creación y expresión artística en Ecuador puesto que no solamente los afectados se abstienen de presentar sus casos, sino que la cultura jurídica nacional ve estos temas con poco interés, razón por la cual no existe jurisprudencia, ni se han desarrollado las herramientas teóricas para entender la compleja dimensión jurídica de esta libertad cultural.

En algunas ocasiones se sostiene que no existen normas claras para tutelar esta libertad cultural, sin embargo consideramos que no pueden existir conflictos normativos en la esfera de la cultura y las artes en el Ecuador, pues la aplicación directa de la Constitución con énfasis en los derechos, es perfectamente capaz de dar las soluciones pertinentes a los distintos casos concretos que en la esfera de la cultura y más puntualmente en cuestiones que tengan que ver con el ejercicio pleno de la libertad de creación y expresión artística.

La libertad de creación y expresión artística no es un derecho absoluto, está sujeto a ciertas restricciones puntuales, y no puede ser objeto de censura con la única excepción de las expresiones artísticas que puedan catalogarse como espectáculos públicos. Las restricciones a la libertad de creación y expresión artística, están determinados por el respeto a la propia dignidad humana, sin embargo estos límites no están claros en el Ecuador por la ausencia de jurisprudencia constitucional sobre el tema.

El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, puede generar tensiones con otros derechos, sin embargo el proteger esta libertad cultural es tan importante para el Estado constitucional y democrático, como el tutelar otros derechos y libertades ciudadanas.

Los encargados de tomar decisiones, en materia de libertad de creación y expresión artística, incluidos los jueces, quienes podrían en cierta forma llegar a tener cierta potestad para imponer limitaciones a las libertades artísticas, deben considerar la naturaleza de la de la creación artística, resguardando el derecho de los artistas a disentir, y contraponerse al discurso de los poderes dominantes, expresando sus propias ideas, creencias y visión del mundo; sin olvidar que el uso de lo imaginario y de la ficción debe

ser entendido y respetado como elemento esencial de la libertad indispensable para la actividad creativa.

Además, no debemos olvidar que las garantías a los derechos, no solamente son aquellas contempladas en un cuerpo normativo, muchas veces otorgadas por la benevolencia del poder, sino que deben ser el resultado de las luchas por la emancipación de las personas, las colectividades y los pueblos y por tanto deben ser políticas, sociales, económicas normativas, jurisdiccionales, institucionales, y de participación, y deben estar diseñadas para resguardar la totalidad de los derechos incorporados al texto constitucional y reconocidos en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, y esta realidad dinámica y vanguardista no ha sido hasta el momento debidamente asimilada en el ordenamiento jurídico nacional, con lo cual el problema de la falta de justiciabilidad de la libertad de creación y expresión artística, se mantiene latente.

8. La libertad de creación y expresión artística de quienes hacen música especialmente de contenido como es el caso de la canción de autor es vulnerada de manera recurrente.

Existen diversas formas en que la diversidad musical puede verse amenazada, sobre todo en la música, la globalización trae consigo el poder cada vez más extendido de una música pop relativamente homogénea y patrocinada por Occidente, respaldada por enormes presupuestos en marketing, pudiendo desplazar otras expresiones y también las tradiciones musicales locales.

Por su contenido reivindicativo y social, la canción de autor generalmente ha sido objeto de una represión constante a través de toda su historia.

En los últimos tiempos asistimos a una estrategia de ocultamiento, desestima y postergación de esta expresión artística, con el propósito de alcanzar su aniquilación, al convertirla intencionalmente en una manifestación cultural minoritaria y poco rentable, por no ser funcional a las lógicas del poder y del mercado.

Esta indiferencia programada indiscutiblemente es una de las mayores vulneraciones a la libertad de creación y expresión artística en el Ecuador, pues su

sistemática aplicación va convirtiendo poco a poco los cultores de la canción de autor nacional, en verdaderos *desaparecidos culturales*.

9. Existe responsabilidad del Estado frente a las vulneraciones a la libertad de creación y expresión artística.

Los tratados e instrumentos de Derechos Humanos, imponen obligaciones a las partes en atención a las disposiciones del mismo, entre ellas las de promover, respetar y garantizar los derechos consignados incluidos los derechos y libertades culturales; eso significa que los Estados tienen una responsabilidad internacional en materia de protección de la libertad de creación y expresión artística, en consecuencia para la realización de la libertad de creación y expresión artística al igual que para todos los demás derechos y libertades culturales, no se trata solo de respetar o no obstaculizar el ejercicio de los mismos, sino primordialmente se trata de que se atiendan las obligaciones positivas que están a cargo del Estado, no debemos olvidar que la libertad de creación y expresión artística, posee un doble componente de creación y de expresión el cual además debería generar a los Estados la obligación específica de tratar este derecho conforme sus propias especificidades.

La jurisprudencia Interamericana ha reconocido que el ámbito de protección de la libertad de expresión es casi tan extenso como las posibilidades de comunicación entre las personas, incluyendo a la libertad de creación y expresión artística.

Una grave violación a la libertad de creación y expresión artística, eventualmente podría generar responsabilidad internacional al estado, como fue el caso Olmedo Bustos y otros contra Chile, en el caso sobre la censura sobre la *película La última tentación de Cristo*, por el cual Chile fue sancionado por la Corte IDH.

Del mismo modo, todo acto que provenga de un particular o una autoridad y pretenda poner freno al impulso vital del creador vulnerando la libertad de creación y expresión artística, constituye una afrenta a la dignidad humana.

10. En el Ecuador no se hace un seguimiento eficiente a la situación de la libertad de creación y expresión en forma periódica.

En el Ecuador, no contamos indicadores básicos y medios de verificación, respecto a las amenazas y violaciones a la libertad de creación y expresión artística; sin embargo, no se trata de un desierto exclusivo de nuestro país, pues hasta la fecha y a nivel internacional por ejemplo, la protección de la libertad artística no ha sido un tema sobre el cual se les ha pedido comunicar específicamente a las Partes de la Convención de 2005 sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de Naciones Unidas, y es por esta razón que muy poco puede saberse al respecto a partir de la revisión sus Informes Periódicos Cuatrienales.

Si bien el término libertad artística o libertad de creación y expresión artística no es empleado en el texto de la Convención, es evidente que su propósito principal en atención al primero de sus principios rectores es proteger la libertad de expresión en una variedad de ámbitos relacionados con la cultura.⁶²⁶

Sin embargo las violaciones a los derechos de los artistas a la libertad de expresión no han sido objeto de seguimiento, documentadas o abordadas sistemáticamente ni por parte de los estados nacionales, y tampoco por parte de las organizaciones intergubernamentales o las principales organizaciones internacionales de derechos humanos.

En el caso ecuatoriano, y a partir del reconocimiento de la libertad de creación y expresión artística en su texto constitucional, sería óptimo realizar evaluaciones nacionales periódicas para verificar la situación de la libertad de creación y expresión artística, reconociendo el carácter multifacético de los obstáculos, impedimentos y limitaciones a las libertades artísticas, ya que aquello nos permitirá comprender mejor las obligaciones del Estado, pues de nada servirá contar en el Ecuador con el reconocimiento normativo constitucional e infraconstitucional de la libertad de creación y expresión

⁶²⁶ El primer Principio Rector del Artículo 2 de la Convención afirma que “sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales”. Evidentemente la libertad artística es una de estas libertades fundamentales (nota del autor).

artística, si la garantía de este derecho cultural es ineficiente o poco efectiva por falta de interés de los propios actores culturales y por los múltiples pretensiones de dominación.

Las conclusiones anteriormente señaladas revelan la necesidad de implementar estrategias multifacéticas de apoyo a la libertad artística, que vayan desde el apoyo directo a los artistas y actores culturales al fomento de las redes implicadas en la documentación, seguimiento y defensa de la libertad artística, estableciendo plataformas para el diálogo e implementando una normativa que tutele y no restrinja su ejercicio, observando como referencia las normas y estándares universales de derechos humanos.

Documentar y dar seguimiento a la libertad artística es algo fundamental, en el esquema normativo que tenemos en el país, para lo cual se puede tomar como orientación práctica las herramientas de seguimiento de los medios de comunicación existentes, tal es el caso del manual de los Indicadores UNESCO de Cultura para el Desarrollo, como un modelo que podría adaptarse para permitir la evaluación, promoción y protección de la libertad de creación y expresión artística

No basta la simple incorporación de la libertad de creación y expresión artística en el texto constitucional, y en la Ley orgánica de cultura, para creer que su pleno ejercicio está garantizado, pues como hemos analizado el poder pretende controlar y someter esta libertad cultural, despojándole de su esencia libertaria y emancipatoria al encadenarla a la voluntad del derecho.

Según Farida Shaheed, Relatora Especial de las Naciones Unidas en el ámbito de los Derechos Culturales “La expresión artística no es un lujo, es una necesidad: un elemento determinante de nuestra humanidad y un derecho humano fundamental que permite a todos, individual y colectivamente, desarrollar y expresar su humanidad y visión del mundo.”⁶²⁷

⁶²⁷ Palabras expresadas en la presentación del Informe mundial con motivo del décimo aniversario de la Convención de la UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales 2005 (nota del autor).

BIBLIOGRAFÍA

- Abad, Javier. “Usos y funciones de las artes en la educación y el desarrollo humano”. En Lucinda Jiménez, Imanol Aguirre y Lucía Pimentel, coord., *Educación artística, cultura y ciudadanía*, 17-23. Madrid: Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) / Santillana, 2011.
- Acosta, Alberto, y Esperanza Martínez, comp. *Pulurinalidad: Democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009.
- Adorno, Theodor W., y Max Horkheimer Max. *Dialéctica de la ilustración: Fragmentos filosóficos*. Madrid: Akal, 2007.
- Acosta, Alberto y Esperanza Martínez, comp. *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009.
- Alegría, Fernando. *Literatura y revolución*. México DF: Fondo de Cultura Económica (FCE), 1971.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2001.
- . *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: CEPC, 1989.
- Alonso García, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (CEC), 1984.
- Álvarez Navarrete, Lilian. *Derecho de ¿autor? El debate de hoy*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2006.
- Anheier, Helmut, e Isar RajYudhushtir, edit. *The Cultures and Globalization: The Cultural Economy*. Londres: SAGE Publications, 2008.
- Andersen, Hans Christian. *El traje nuevo del emperador*. Trad. por María Victoria Martínez. León: Everest, 2005.
- Aparisi Miralles, Ángela. “La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre”. En Jesús Ballesteros Llompert y otros, *Derechos humanos*,

- 209-35. Madrid: Tecnos, 1992.
- Appadurai, Arjun. *La modernidad desbordada: Dimensiones culturales de la globalización*. Buenos Aires: Trilce / FCE, 2001.
- Aprill, Arnold, Elise Holliday, Fahari Jeffers, Karuto Miyamoto y otros. *¿Puede el arte cambiar el mundo? El poder transformador del arte para fomentar y mantener el cambio social: Una investigación cooperativa de Leadership for a Changing World*. Nueva York: Leadership for a Changing World Program / Research and Documentation Component / Research Center for Leadership in Action, 2004.
- Arango Rivadeneira, Rodolfo. *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Colombia: Legis, 2012.
- Archer, Margaret. *Cultura y teoría social*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1997.
- Arendt, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Santillana, 1998.
- Arjona Estévez, Juan Carlos. "Prohibición de la censura previa: Retos en el siglo XXI". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, coord., *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, 951-94. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- Attali, Jacques. *Ruidos: Ensayos sobre la economía política de la música*. México DF: Siglo XXI, 1995.
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2007.
- Ávila Santamaría Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Abya-Yala, 2011.
- Ávila, Ramiro, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit. *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bakunin, Mijail. *Escritos de filosofía política*. Madrid: Altaya, 1994.
- Balaguer Callejón, Francisco. *Fuentes del derecho, t. I, Principios del ordenamiento*

- constitucional*. Madrid: Tecnos, 1991.
- Ballesteros Llompart, Jesús. *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*. Madrid: Tecnos, 1989.
- Ballesteros Llompart, Jesús, y otros. *Derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1992.
- Barraca Mairal, Javier. *Pensar el derecho: Curso de filosofía jurídica*. Madrid: Palabra, 2005.
- Bauman, Zygmunt. *Arte, ¿Líquido?* Madrid: Edic. Sequitur, 2007.
- . *Modernidad líquida*, México: FCE, 2003.
- Beck, Ulrich. *La invención de lo político: Para una teoría de la modernización reflexiva*. México DF: FCE, 1999.
- Beneyto, Antonio. *Censura y política en los escritores españoles*. Barcelona: Ed. Euros, 1975.
- Berlin, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (UEC), 2005.
- Beuchot, Mauricio. *Filosofía y derechos humanos*. México DF: Siglo XXI, 1993.
- Bey, Hakim. *Caos: Los pasquines del anarquismo ontológico*. Madrid: Talasa, 1996.
- . *Caos: Selección de textos de Hakim Bey*, 3a. ed. México DF: Edic. Sin nombre, 2012.
- Biscaretti Di Ruffia, Paolo. *Derecho constitucional*. Trad. por Pablo Lucas Verdú, 3a. ed. Madrid: Tecnos, 1987.
- Blanco Ande, Joaquín. *Teoría del poder*. Madrid: Pirámide, 1977.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza, 1994.
- Bobbio, Norberto. *Derecho y lógica*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1965.

- . *El futuro de la democracia*. Trad. por José Fernández Santillán. México DF: FCE, 1986.
- . *Teoría general del derecho* [1958 y 1960]. Trad. por Eduardo Rozo Acuña. Madrid: Debate, 1992.
- Botero, Luis Fernando. *Se me borró la cinta. Economía, subalternidad, y cultura: El caso de los ecuatorianos en Murcia (España)* Quito: Abya-Yala, 2000.
- Boulding, Kenneth Ewart. *Las tres caras del poder*. Barcelona: Paidós, 1993.
- Bourdieu, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000.
- . *Sobre la televisión*. Barcelona: Anagrama, 2005.
- . *Sociología y cultura*. México DF: Grijalbo, 1984.
- . *Sociología y cultura*. Trad. por Martha Pou. México DF: Grijalbo, 1990.
- Buitriago Restrepo, Felipe e Iván Duque Márquez. *Economía naranja: Una oportunidad infinita*. Bogotá: Puntoaparte Bookvertising / Banco Interamericano de Desarrollo, 2013.
- Brunner, José Joaquín. *Cartografías de la modernidad / José Joaquín Brunner*. Santiago: Dolmen, 1994.
- . *Globalización cultural y posmodernidad*. Santiago: FCE, 1998.
- Calsamiglia, Albert. *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: Corrupción, nacionalismo y culturalismo*. Barcelona: Paidós, 2000.
- Cappelletti Ángel, y Rama Carlos, comp. *El anarquismo en América Latina*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1990.
- Carbonell, Miguel, edit. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Jurídica Cevallos, 2010.
- Carrión Tavárez, Ángel. “La canción de autor como instrumento comunicacional en un contexto educativo intercultural y multilingüe”. Tesis doctoral, Universidad de León, España, 2015.
- Carrión Mena, Fernando, edit. *Seguridad ciudadana, ¿espejismo o realidad?* Quito:

- Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador (FLACSO-Ecuador, 2002.
- Carr E. H., y otros. *Los derechos del hombre*. Barcelona: Laia, 1973.
- Carrithers, Michael. *¿Por qué los humanos tenemos culturas?: Una aproximación a la antropología y la diversidad social*. Madrid: Alianza, 1992.
- Cascajo Castro, José Luis, y Manuel García Álvarez. *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3a. ed. Madrid: Tecnos, 1994.
- Castán Tobeñas, José. *Los derechos del hombre*, 4a. ed. Madrid: Reus, 1992.
- . *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 1952.
- Castañeda, Mireya. *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*. México DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- Cedillo Carrillo, Nathalia. “Producción discursiva desde sujetos subalternos en la contienda política de los años 70 y 80 en el Ecuador”. Tesis de Maestría en Ciencias Sociales, con mención en Comunicación. FLACSO-Ecuador, 2011.
- Cerda, Carlos. “La utopía del ciudadano”, Ana María Saavedra, edit. *DebatePaís/2000*, Santiago: Editorial Cuarto Propio / Universidad de Chile, 2001.
- Cervantes, Cristóbal, comp. *Política y espiritualidad*. Barcelona: Kairós, 2011.
- Chávez Godínez, Luis Gerardo. “Las cinco etapas del proceso creativo”. En *Temáticas y técnicas. Guía de apreciación del arte*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2008.
- Chung-Shu, Lo. “Los derechos del hombre en la tradición china”. En E. H. Carr y otros. *Los derechos del hombre*, 279-80. Barcelona: Laia, 1973.
- Clifford, Geertz. “Conocimiento local: Hecho y ley en la perspectiva comparativa”. En *Conocimiento local: Ensayos sobre la interpretación de las culturas*, 195-263. Barcelona: Paidós Básica 1994.
- . *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa, 1996.
- Cohen, Stanley. *Visiones del control social*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 1998.

- Colombo, Eduardo. *La voluntad del pueblo*. Buenos Aires: Tupac, 2006.
- Córdova Castillo, Luis. “El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo”. En José E. Palomino Manchego, edit. *El derecho procesal constitucional peruano: Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 563-605. Lima: Editora Jurídica Grijle, 2005.
- Correale María del Carmen, y Graciela Vidiella. *Los derechos fundamentales: Filosofía y formación ética y ciudadana: Polimodal*. Buenos Aires: Longseller, 2002.
- Crawford, James. edit., *The Rights of Peoples*. Oxford: Clarendon Press, 1988.
- Curbert, Jaume. *El rey desnudo: La gobernabilidad de la seguridad ciudadana*. Barcelona: Ed. Universidad Oberta de Catalunya, 2009.
- Dahl, Robert A. *La democracia y sus críticos*. Buenos Aires: Paidós, 1992.
- Dawkins, Richard. *El gen egoísta: Las bases biológicas de nuestra conducta*. Barcelona: Salvat Editores, 1990.
- De La Iglesia y González de Peredo, Juan Fernando, Sara Fuentes Cid y Martín Rodríguez Caeiro, edit. *Notas para una investigación artística*. Pontevedra: Universidad de Vigo, 2008.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Derecho y emancipación*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición (CCEPT), 2012.
- , “Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad”. En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, coord., *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, 63-79. Quito: Abya-Yala, 2009.
- Debord, Guy. *La sociedad del espectáculo*. Trad. por Rodrigo Vicuña Navarro. Santiago: Edic. Naufragio, 1995.
- Debray, Régis. *El Estado seductor: Las revoluciones mediológicas del poder*. Buenos Aires: Manantial, 1995.
- De Cabo Martín, Carlos. *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. I (*Formas precapitalistas y Estado Moderno*), vol II (*Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: El desarrollo constitucional*).

- Barcelona: PPU, 1988 y 1993.
- De Sousa Santos, Boaventura. “Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad”. En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, 63-79. Quito: Abya-Yala, 2009.
- De Vega García, Pedro. *Reforma constitucional y problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1988.
- De Vergottini, Giuseppe. *Derecho constitucional comparado*. Trad. por Pablo Lucas Verdú. Madrid: Espasa-Calpe, 1983.
- Di Bernardi, Guillermo. *Derechos humanos y ciudadanía*. Buenos Aires: Santillana, 2007.
- Díez Picazo, Luis. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2007.
- Doherty, Brian. *Radicals for Capitalism: A Freewheeling History of the Modern American Libertarian Movement*. Nueva York: Public Affairs TM, 2007.
- Donders, Yvonne. “El marco legal del derecho a participar en la vida cultural”. En Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), *Derechos culturales y desarrollo humano*, 153-70. Madrid: AECID, 2004.
- Dubielf, Helmut, Günter Frankenberg y Ulrich Rödel. *La cuestión democrática*. Trad. por María Cándor Orduña. Madrid: Soitarios Solidarios-Huerga y Fierro Editores, 1997.
- Douzinas, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá: Legis, 2008.
- . *Las paradojas de los derechos humanos. Tendencias del derecho en el siglo XXI*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Ed Temis, 2010.
- Douzinas, Costas, y Lynda Nead, edit. *Law and the Image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1999.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- . *El imperio de la justicia*. Trad. por Claudia Ferrari, 2a. ed. Barcelona: Gedisa, 1992.
- Emory, Elliot, Jasmine Payne y Patricia Ploesh, edit. *Global Migration, Social Change,*

- and Cultural Transformation*. Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008.
- Engels, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Madrid: Alianza, 2008.
- Entelman, Ricardo, Enrique Marí, Carlos Cárcova y Diego Duquelsky. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991.
- Escobar Roca, Guillermo. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Trama, 2005.
- Escudero Jhoel. “El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional”. En Luis Ángel Saavedra, edit., *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, 59-86. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (Inredh), 2009.
- Escudero, Jhoel. “Transformación y resistencia al cambio del derecho constitucional: El caso ecuatoriano”. En Claudia Storini, y otros, *Perspectivas constitucionales*, 1-27. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2011.
- Faúndez Ledesma, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procesales*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- Fernández Sessarego, Carlos. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- Fernández Martorell, Mercedes. *Sobre el concepto de cultura*. Barcelona: Mitre, 1984.
- Fernández, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984.
- Fernando Segovia, Juan Fernando. *Derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Trad. por Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1999.
- . *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2004.
- . *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: UEC, 2000.
- Ferrater Mora, José. *Diccionario de filosofía*. Madrid: Alianza, 1980.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner,

- coord., *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- Feyerabend, Paul. *Contra el método*. Madrid: Técnos, 1992.
- Fichte, Johann Gottlieb. *Discursos a la nación alemana*. Trad. por Luis A. Acosta y María Jesús Varela. Barcelona: Orbis, 1977.
- Fromm, Erich. *El miedo a la libertad*. Buenos Aires: Paidós, 2005.
- Fuentes Gonzalez Homero, Matos Hernandez Eneida, Montoya Jorge, El proceso de investigación científica, Editorial Universidad Estatal de Bolívar, Guaranda, 2007
- Fumaroli, Marck. *El Estado cultural*. Barcelona: Acantilado, 2007.
- Galán Galán, Alfredo. *La potestad normativa autónoma local*. Barcelona: Atelier, 2001.
- Galeano, Eduardo. *Nosotros decimos no: Crónicas 1963/1988*. Madrid: Siglo XXI, 1989.
- García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1984.
- Garrido Gómez, María Isabel. *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Dilex, 2007.
- Geertz, Clifford. *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- Gide, André. *El inmoralista*. Madrid: Cátedra, 2007.
- Giddens, Anthony. *Un mundo desbocado: Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid: Taurus, 2000.
- González Lucini, Fernando. *Crónica cantada de los silencios rotos: Voces y canciones de autor, 1963-1977*. Madrid: Alianza, 1998.
- González Moreno, Beatriz. *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*. Madrid: Civitas, 2003.
- González Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- Guevara Gerardo, *Historia de la música del Ecuador* Quito: Ministerio de Educación y Cultura, 2002

- Häberle, Peter. *Constitución como cultura: Artículos seleccionados para Colombia*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta-UEC, 2002.
- . *El Estado constitucional*. Trad. por Héctor Fix-Fierro. México DF: UNAM, 2003.
- . *Verdad y Estado constitucional*. México DF: UNAM, 2006.
- Habermas, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Trad. por Ramón García Cotarelo. Barcelona: Península, 1985.
- . *El discurso filosófico de la modernidad*. Trad. por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Katz, 2008.
- . *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2008.
- . *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*, t. I. México DF: Taurus, 1987.
- . *Teoría de la acción comunicativa: Crítica de la razón funcionalista*, t. II. México DF: Taurus, 1987.
- Hall, Edward. *El lenguaje silencioso*. Madrid: Alianza, 1981.
- Hans Maes, y Jerrold Levinson, edit. *Art and Pornography: Philosophical Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Hardt, Michael, y Antonio Negri. *Imperio*. Trad. por Eduardo Sadier. Buenos Aires, Paidós, 2005.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. *El concepto de derecho*. Trad. por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- Heater, Derek. *Ciudadanía: Una breve historia*. Madrid: Alianza, 2007.
- Heller, Agnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990.
- Hessel, Stéphane. *¡Indignaos!* Barcelona: Destino, 2011.
- Henares Cuellar Ignacio, “Derechos culturales y sociedad moderna. reflexión histórica sobre el ‘Estado cultural’”. Discurso de apertura Universidad de Granada, curso académico 2014-2015. Granada: Secretaría General de la Universidad de Granada, 2014.

- Held, Karl, y Emilio Muñoz. *El Estado democrático: Crítica de la soberanía burguesa*. Buenos Aires: Resultate, 1998.
- Herrera Flores, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales*. Madrid: Los libros de la Catarata, 2005.
- . *La reinención de los derechos humanos*. Andalucía: Atrapasueños, 2008.
- Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. por Pedro Cruz Villalón. Madrid: CEC, 1983.
- Holloway, John. *Cambiar el mundo sin tomar el poder: El significado de la revolución hoy*. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2005.
- Holmes, Stephen, y Cass R. Sunstein. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Trad. por Stekka Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- Horta, Raúl. *El diálogo del hombre: Análisis histórico y crítico de la comunicación humana*. México DF: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.
- Hurtado de Barrera, Jacqueline. *Metodología de la investigación. Guía para una comprensión holística de la ciencia*. Caracas: Edic. Quirón-Sypal, 2012.
- Ihering, Rudolph Von. *La lucha por el derecho*. Madrid: Civitas, 1985.
- Jiménez Carlos, y Malgesini Graciela. *Guía de conceptos sobre migraciones racismo e interculturalidad*. Madrid: La Cueva del Oso, 1997.
- Jiménez, Lucinda, Imanol Aguirre y Lucía Pimentel, coord. *Educación artística, cultura y ciudadanía*. Madrid: OEI / Santillana, 2011.
- Jung, Carl Gustav. *Sobre el fenómeno del espíritu en el arte y en la ciencia*. Madrid: Trotta, 2014.
- Kahn, J. S. *El concepto de cultura textos fundamentales*. Barcelona: Anagrama, 1975.
- Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 1989
- . *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Alianza, 2004.
- . *Teoría y práctica*. Madrid: Tecnos, 1986.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es justicia?* Trad. por Albert Calsamiglia. Barcelona: Ariel, 1991.

- . Teoría general del derecho y del Estado. Trad. por Eduardo García Máynez. México DF: Editora Nacional, 1979.
- Kriele, Martin. *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos*. Trad. por Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Edic. Depalma, 1980.
- Kropotkin, Piotr Alekseevich. *El Estado y su papel histórico*. Madrid: Fundación de Estudios Libertarios Anselmo Lorenzo, 2001.
- Kundera Milan. *La broma*. Barcelona: Seix Barral, 2001.
- Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996.
- Lander, Edgardo, comp., *Colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales*, 246-80. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) / UNESCO, 2000.
- Larrea Holguín, Juan. “La Constitución de 1830 y su influencia en la formación de la nacionalidad”. En Ecuador Instituto de Altos Estudios Nacionales, *Homenaje a la República del Ecuador en ocasión del Sesquicentenario de la expedición de su primera Constitución política*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), 1980.
- Lasalle, Fernandín. *¿Qué es una Constitución?* 2a. ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- . *¿Qué es una Constitución?* Buenos Aires: Siglo Veinte, 1964.
- Lechner, Norbert. *Cultura política y democratización*. Santiago: FLACSO, 1987.
- Lessig, Lawrence. *Cultura libre: Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*. Nueva York: The Pinguin Press, 2004.
- Lins-Ribero Gustavo, y Arturo Escobar, edit. *Antropologías del mundo. Transformaciones disciplinarias de sistemas de poder*. Popayán: Wenner-Gren Foundation for Anthropological Research / Envió, 2008.
- Llamas Cascon, Ángel. *Los valores jurídicos como ordenamiento material*. Madrid: Universidad Carlos III, 1993.
- Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Trad. por Carlos Mellizo, Madrid:

- Alianza, 1990.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte, 2a. ed. Barcelona: Ariel, 1982.
- López Guerra, Luis. *Introducción al derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- Lyndel, Prott V. "Cultural Rights as Peoples Rights in International Law". En James Crawford, edit., *The Rights of Peoples*, 93-106. Oxford: Clarendon Press, 1988.
- MacBride, Sean, y otros. *Un solo mundo voces múltiples, comunicación e información en nuestro tiempo*. México DF: FCE, 1984.
- Malem Seña, Jorge F. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel, 1988.
- Marcuse, Herbert. *El hombre unidimensional*. Trad. por Antonio Elorza. Barcelona: Planeta-Agostini, 1985.
- Marshall, Geoffrey. *Teoría constitucional*. Trad. y prólogo de Ramón García Cotarelo. Madrid: Espasa Calpe, 1982.
- Martín Morales, Ricardo. *El derecho al honor en la actividad política*. Granada: Universidad de Granada, 1994.
- Martínez Roldán, Luis, y Jesús Fernández. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994.
- Martínez Ocaña, Emma. *Espiritualidad para un mundo en emergencia*. Madrid: NARCEA, 2014.
- Marx, Carlos. *Contribución a la crítica de la economía política*. Granada: Comares, 2004.
- Maturana, Humberto. *Emociones y lenguaje en educación y política*. Santiago: Hachette / Centro de Educación del Desarrollo, 1990.
- . *El sentido de los humano*. Santiago: Edic. Dolmen, 1996.
- Maturana, Humberto, y Francisco Varela. *El árbol del conocimiento*. Santiago: Ed. Universitaria, 1984.

- Maturana Romesin Humberto, y Gerda Verden-Zöllner. *Amor y juego: fundamentos olvidados de lo humano. Desde el patriarcado a la democracia*, 6a. ed. Santiago: JC SAEZ, 2003.
- Medinaceli Rojas, Gustavo. *La aplicación directa de la Constitución*. Quito: UASB-E / CEN, 2013.
- Melossi, Darío. *El Estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de Estado y Control social en la conformación de la democracia*. México DF: Siglo XXI, 1992.
- Meyer-Bisch, Patricio. “Les droits culturels: une catégorie sous-développée de l’homme; conclusions”, Patricio Meyer-Bisch, edit., *Les Droits culturels: une catégorie sous-développée de l’homme Actes du VIIIème Colloque interdisciplinaire sur les droits de l’homme*, 280-90. Friburgo: Universitaires Fribourg Suisse, 1993.
- Meyer-Bisch, Patricio, edit., *Les Droits culturels: une catégorie sous-développée de l’homme Actes du VIIIème Colloque interdisciplinaire sur les droits de l’homme*. Friburgo: Universitaires Fribourg Suisse, 1993.
- Mill, John Stuart. *Sobre la libertad (1859)*. Trad. por Pablo de Azcarate con prólogo de Isaiah Berlin. Madrid: Alianza, 1991.
- Miller, Toby. *Cultural Citizenship: Cosmopolitanism, Consumerism, and Television in a Neoliberal Age*. Philadelphia: Temple University Press, 2007.
- , “Culture, Dislocation, and Citizenship”. En Elliot Emory, Jasmine Payne y Patricia Ploesh, edit., *Global Migration, Social Change, and Cultural Transformation*, 165-86. Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008.
- Ministerio de Cultura del Ecuador. *Enfoque conceptual para el proceso de construcción del Plan Nacional de Cultura y de las políticas culturales en el Ecuador, Un camino hacia la revolución ciudadana desde la cultura 2007-2017 (versión preliminar) Un documento para la participación, el diálogo intercultural y la reconfirmación identitaria*. Quito: Ministerio de Cultura del Ecuador, 2007.
- Montaña Pinto, Juan, edit. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 1 y t. 3. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición (CCEPT) / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2011.

- Montaña Pinto, Juan, y Angélica Porras Velasco, edit., *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Quito, CCEPT / CEDEC, 2011.
- Montesquieu, Jean Jacques. *Del Espíritu de las leyes (1748)*. Trad. por Pedro de Vega e introducción de Enrique Tierno Galván. Madrid: Tecnos, 1981.
- Montolío, Estrella. *Hacia la modernización del discurso jurídico*. Barcelona: Universitat Barcelona, 2014.
- Morange, Jean. *Las libertades públicas*. México DF: FCE, 1980.
- Morin, Edgar. *Antropología de la libertad*. Trad. por José Luis Solana Ruiz. París: Ed. Grace, 1999.
- Mota Botello, Graciela Aurora. *Psicología arte y creación*. Monterrey: CAEIP, 2011.
- Muniesa, Mariano. *La caza de brujas: Censura y persecución contra el rock vasco*. Barcelona: Barcelos / Qarentena, 2013.
- Murena, Héctor. *La metáfora y lo sagrado*. México DF: Universidad Autónoma Metropolitana, unidad Azcapotzalco, 1995.
- Newbigin, John. *La economía creativa. Una guía introductoria*. Londres: British Council 2-Unidad de Economía Creativa, 2010.
- Nieto García, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, 2a. ed. Madrid: Tecnos, 1994.
- Nino Carlos, Santiago. *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.
- O'Donnell, Schmitter. *Transiciones desde un gobierno autoritario, vol. IV. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*. Barcelona: Paidós, 1994.
- Ochoa, Tomás. "En el arte ¿es el modelo estúpido?". *El Comercio* (Quito), sección tendencias, domingo 26 de enero de 2014.
- Ocles, Alexandra. "La plurinacionalidad en la nueva Constitución: Unamirada con ojos de negro-a". En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, 115-24. Quito: Abya-Yala, 2009.
- Oestreich, Gerhard, y Karl-Peter Sommermann, *Pasado y presente de los derechos*

- humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.
- Onfray, Michael. *Antimanual de filosofía*. Madrid: EDAF, 2007.
- . *La construcción de uno mismo*. Buenos Aires: Perfil libros, 2000.
- . *Política del rebelde: tratado de la resistencia y la insumisión*. Buenos Aires: Ed. Libros Perfil, 1997.
- Ortega y Gasset, José. *La rebelión de las masas (1930)*. Madrid: Espasa-Calpe, 1980.
- Ovejero de Lucas, Félix. *El compromiso del creador. Ética de la estética*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2014.
- Padrós Reig, Carlos. *Derecho y cultura*. Barcelona: Atelier, 2000.
- Palomino Manchego, José E., edit. *El derecho procesal constitucional peruano: Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. Lima: Editora Jurídica Grijle, 2005.
- Panikkar, Raimond. *Mito, fe y hermenéutica*. Barcelona, Herder, 2007.
- Paoli Bolio, Francisco José. *Teoría del Estado*. México DF: Trillas, 2009.
- Peces-Barba, Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Debate, 1991.
- . *Tránsito a la modernidad y derechos humanos*. Madrid: Mezquita, 1981.
- . *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, 10a. ed. Madrid: Tecnos, 2010.
- Pettit, Philip. *Republicanism*. Barcelona: Paidós, 1999.
- Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Trad. por J. Jiménez Campo, vol. I. Madrid: CEC, 1984.
- . *Curso de derecho Comparado*. Barcelona: Ariel, 1987.
- Plaza Penades, Javier. *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1, b) de la Constitución*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.
- Ponce de León, Juana. *Nuestra arma es nuestra palabra: Escritos selectos. Subcomandante insurgente Marcos*. Nueva York: Seven Stories Press, 2001.
- Popper, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2010.

- Prieto de Pedro, Jesús José. *Cultura, culturas y constitución*. Madrid: CEC, 2004.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trota, 2005.
- Proudhon Pierre-Joseph. *El principio federativo*. Buenos Aires: Libros de Anarres, 2008.
- Prott Lyndel V. "Cultural Rights as Peoples Rights in International Law". En James Crawford. *The Rights of Peoples*, 93-106. Oxford: Clarendon Press, 1988.
- Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina". En Edgardo Lander, comp., *Colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales*, 246-80. Buenos Aires: CLACSO / UNESCO, 2000.
- . "Globalización, colonialidad del poder y democracia". En *Tendencias básicas de nuestra época: Globalización y democracia*, 25-60. Caracas: Instituto de Estudios Diplomáticos e Internacionales / Pedro Gual, 2001.
- Ramírez Gallegos, René. "Socialismo del *sumak kawsay* o biosocialismo republicano". En SENPLADES, *Los nuevos retos de américa latina: socialismo o *sumak kawsay**, 55-76. Quito, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), 2010.
- Ramírez-Pimienta, Juan Carlos. *Cantar a los narcos*. México DF: Temas de hoy, 2012.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. México DF: FCE, 1985.
- Real academia de la Lengua. *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed. Madrid: S. L. U. Espasa libros, 2014.
- Regan, Tom. *Defending Animal Rights*. Chicago: University of Illinois Press, 2001.
- . *The Case for Animal Rights*. California: University of California Press, 2004.
- Restrepo Sanín, Ricardo, coord. *Derecho al arte en Ecuador*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), 2013.
- Restrepo Sanín, Ricardo. *Teoría crítica constitucional: Rescatando la democracia del liberalismo*. Quito: CCEPT / CEDEC, 2011.
- Rezsler, André. *La estética anarquista*. México DF: FCE, 1974.
- Rodríguez, Alejandra, y Gustavo Varela. *Arte, cultura y derechos humanos*. Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación, 2011.

- Rodríguez Musso, Osvaldo. *Cantores que reflexionan: Notas para una historia personal de la nueva canción chilena*. Madrid: Ed. Literatura Americana Reunida, 1984.
- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. por Genaro Carrió. Buenos Aires: Edit. Universitaria de Buenos Aires, 1994.
- Rosaldo, Renato. *Cultura y verdad: La reconstrucción del análisis social*. Quito: Abya-Yala, 2000.
- Rothbard, Murray N., *Hacia una Nueva Libertad: El manifiesto libertario*. Buenos Aires: Grito Sagrado, 2006.
- . *The Betrayal of the American Right*. Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 2007.
- Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social*. Madrid: Edaf, 2010.
- Rovetta Klyver, F. “Hacia un modelo iberoamericano de derechos humanos a partir del siglo XVI”. Tesis de grado. Universidad Complutense de Madrid, Instituto de derechos Humanos. Septiembre de 1990.
- Rubio Llorente, Francisco. *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Ariel, 1995.
- Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEPC, 2012.
- Saavedra, Luis Ángel, edit. *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (Inredh), 2009.
- Sabine, George. *Historia de la teoría política*. Trad. por Vicente Herrero. Madrid: FCE, 1981.
- Sánchez Agesta, Luis. *Principios de Teoría Política*, 2a. ed. Madrid: EDERSA, 1986.
- Sánchez Ferriz, Remedio. *Estudio sobre las libertades*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1995.
- Sanín Restrepo, Ricardo. *Teoría crítica constitucional: Rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá-Buenos Aires: Javeriana / Ibañez / Depalma, 2009.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Fundamentos de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.
- Schujman, Gustavo, y otros. *Derechos humanos y ciudadanía*. Buenos Aires: Aique 2005.

- SENPLADES. *Plan Nacional del Buen Vivir, 2009-2013*. Quito: SENPLADES. 2009.
- . *Plan nacional del Buen Vivir 2013-2017*. Quito: SENPLADES, 2013.
- Sen, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Barcelona: Planeta, 2000.
- Serguéi, Alexév. *El socialismo y el derecho: El derecho en la vida de la sociedad*. Moscú: Progreso, 1989.
- Serna, Enrique. *Genealogía de la soberbia intelectual*. México DF: Taurus, 2013.
- Signorelli, Amalia. *Antropología urbana*. Barcelona: Anthropos, 1999.
- Silva, Erika, Alexis Oviedo y Martha Moncada. *Políticas para una revolución cultural*. Quito: Ministerio de Cultura del Ecuador, 2011.
- Silva Meza Juan, y Fernando Silva García. *Derechos fundamentales: Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*. México DF: Porrúa, 2009.
- Skart, Osborg. “Derecho de resistencia”. En Axel Görlitz, *Diccionario de Ciencia Política*. Madrid: Alianza, 1980.
- Slavoj, Žižek. *En defensa de la intolerancia*. España: Sequitur, 2000.
- Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1985.
- Soriano Días, Ramón. *Las libertades públicas*. Madrid: Tecnos, 1990.
- Sosa, Nicolás Martín. *Ética ecológica. Necesidad, posibilidad, justificación y debate*. Madrid: Libertarias / Prodhufi, 1990.
- Spooner, Lysander. *La Constitución sin autoridad. No es traición*. Asunción: Orden voluntario, 2011.
- Stein, Ekkehart. *Derecho político*. Trad. por Fernando Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973.
- Steiner, Rudolf. *La filosofía de la libertad: Fundamentos de una concepción moderna del Mundo*. Trad. por Blanca S. de Munianín y Antonio Aretxabala. Madrid: Ed. Rudolf Steiner, 1999.
- Storini, Claudia, y José Francisco Alenza García, dirs. *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

- Storini, Claudia, y Marco Navas. *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Quito: CCE, 2013.
- Storini, Claudia, y otros, *Perspectivas constitucionales*. Quito: CEP, 2011.
- Thoreau, Henry David. *Del deber de la desobediencia civil*, Trad. por Carlos Sánchez Rodrigo, Barcelona: Edic. Del Cotal, 1979.
- Di Lampedusa, Giuseppe Tomasi. *El gatopardo*. Trad. por Fernando Gutiérrez. Barcelona: Argos Vergara, 1980.
- Torrego Egido, Luis Pedro. *Canción de autor y educación popular (1960-1980)*. Madrid: La Torre, 1999.
- Torres del Moral, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*, 3a. ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1992.
- Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudio de derechos constitucional*, 2a. ed. Quito: UASB-E / CEN, 2006.
- Turpo Choquehuanca, Aureliano. *Estado pluricultural reto del siglo XXI: Camino hacia la Asamblea Constituyente*. La Paz: Instituto Itinerante de la Resiliencia, 2006.
- Valenzuela Arce, José Manuel. *Jefe de jefes: Corridos y narcocultura en México*. México DF: Fondo Editorial Casa de las Américas, 2003.
- Varios autores. *La dignidad humana: Filosofía, bioética y derechos humanos*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, 2010.
- Vázquez Rocha, Hernán B., y Teresa González Velásquez. *Música y política. Análisis de una relación en una introducción y tres movimientos*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2009.
- Vega Jaramillo, Alfredo. *Manual de derecho de Autor*. Bogotá: Dirección Nacional de derecho de autor-Unidad administrativa especial / Ministerio del interior y de justicia, 2010.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En Corte Constitucional del Ecuador, edit., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, 9-44. Quito, CCEPT, 2010.
- Walsh Catherine, Freya, Schiwy y Santiago Castro-Gómez, edit. *Indisciplinar las*

ciencias sociales. Geopolíticas del conocimiento y colonialidad de poder. Perspectivas desde lo andino. Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2002.

Warley, Jorge. *La cultura, versiones y definiciones.* Buenos Aires: Biblos, 2003.

Wellman, C. *Morales y éticas.* Madrid: Tecnos, 1982.

Wilber, Ken. *Breve historia de todas las cosas.* Barcelona: Kairos, 1996.

Will, Kymlicka. *Ciudadanía multicultural.* Barcelona: Paidós, 1992.

Williams, Raymond. *Cultura, sociología de la comunicación y del arte.* Barcelona: Paidós, 1981.

Wong Cruz, Ketty. *La música nacional: Identidad, mestizaje y migración en el Ecuador.* Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2013.

Zweig, Stefan. *El misterio de la creación artística.* Barcelona: Sequitur, 2007.

Žižek”, Slavoj. *El espinoso sujeto.* Buenos Aires: Paidós, 2001.

Artículos de revista

Achugar, Hugo. “Derechos culturales: ¿Una nueva frontera de las políticas públicas para la cultura?”. *Pensar Iberoamérica: revista de Cultura*, No. 4. (junio-septiembre de 2003) (Montevideo: Universidad de la República). <<http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric04a04.htm>>.

Acosta, Alberto. “El buen vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi”. *Policy Paper*, No. 9 (octubre de 2010) (Quito: Friedrich Ebert Stiftung).

Antequera, José. “Oralidad y difusión poética en la Nueva Canción Latinoamericana”, *Voz y escritura. Revista de estudios literarios*, No. 16 (enero-diciembre 2008).

Arias, Tania. “Ecuador un Estado constitucional de derechos”. *Nuestra Constitución: Nuestro futuro. Entre voces: revista del Grupo Democracia y Desarrollo Local*, No. 15. (agosto-septiembre 2008). <<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-463.html>>.

Bidart Campos, Germán. “La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de*

Derecho Constitucional, No. 6 (enero-junio de 2002): 4-16.

Bonfil Batalla, Guillermo. “La teoría del control cultural en el estudio de procesos étnicos”. *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas* IV, No. 12 (1991) (Colima: Universidad de Colima): 165-204.

Bossié, Florencia, Dominella Martina y Oliva Josefina, “Una resistencia al genocidio cultural”. *La Pulseada* (septiembre 2015). <<http://www.lapulseada.com.ar/site/?p=10048>>. Consulta: 21 de junio de 2015.

Capi Vidal, “Apuntes sobre derecho y anarquismo”. Reflexiones sobre Anarres, 5 de marzo de 2103. <<http://reflexionesdesdeanarres.blogspot.com/2013/03/apuntes-sobre-derecho-y-anarquismo.html>>. Consulta: 23 de noviembre de 2015.

Carbajal, Mariana. “Entre arte y machismo”. *Página 12* (Argentina), domingo 17 de febrero de 2013.

“Carta mundial por el derecho a la ciudad”, *Revista Paz y Conflictos*, No. 5 (2012). http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=50&Itemid=3. Consulta: 21 de junio de 2016.

Carter, Ian. “Libertad negativa y positiva”. *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, No. 10 (2010): 15-35.

Cuchumbé Holguín, Nelson. “Acción comunicativa y organización social, el concepto de derechos en Habermás”, *Criterio Jurídico* 1, No. 4 (2004). <http://www.puj.edu.co/banners/ACCION_COMUNICATIVA.pdf>. Consulta: 8 de marzo de 2015.

De la Torre De la Torre, Saturnino. “Creatividad cuántica: Una mirada transdisciplinar”. Encuentros multidisciplinares X, No. 28 (enero-abril de 2008): 1-16. <<http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistan%BA28/Saturnino%20de%20la%20Torre%20de%20la%20Torre.pdf>>. Consulta: 10 de julio de 2013.

De Zubiría Samper, Sergio. “Filosofías de nuestro ethos cultural”. *Revista de estudios sociales* No. 1 (1998) (UNIANDÉS). <<http://res.uniandes.edu.co/view.php/27/index.php?id=27>>. Consulta: 9 de marzo de 2016.

- Di Filippo, Marilé. “Arte y resistencia política en (y a) las sociedades de control: Una fuga a través de Deleuze. *Aisthesis*, No. 51 (Santiago: Instituto de Estética-Pontificia Universidad Católica de Chile) (2012): 35-56. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-71812012000100003&lng=es&nrm=iso>. <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-71812012000100003>>.
- Douzinas, Costas. “El fin(al) de los derechos humanos”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 7, t. 1. (2006) (Madrid: Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid): 309-40.
- Eberhard, Christoph. “Más allá de una antropología de los derechos humanos: ¿Los horizontes del diálogo intercultural y del reino de Shambhala? *Revista de Antropología Social*, No. 19 (2010): 221-51.
- Echevarria, Ignacio. “Apuntes sobre la elite cultural y la crítica”. *Revista UD*, No. 09P (2012) (Santiago: Universidad Diego Portales): 148-51.
- Faralli, Carla. “¿Certeza del derecho o ‘derecho a la certeza’?”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 4 (2003): 55-78.
- Flores Muñoz, Daniel E. “El sublime objeto del derecho moderno: Un jurista llamado Slavoj Žižek”. *International Journal of Žižek Studies* 5, No. 4 (2011) (Cartagena): 1-19.
- Fouce, Hector, y Juan Pecourt. “Emociones en lugar de soluciones. Música popular, intelectuales y cambio político en la España de la transición”. *Revista Transcultural de Música*, No. 12 (julio de 2008) (Madrid: Sociedad de Etnomusicología).
- Fowler, Julio. “A propósito de Mala Vista Anti Social Club: Algunos desacuerdos”. *Revista Encuentro de la Cultura Cubana*, No. 33 (2004): 255-63.
- Fuentes Pinzón, Fernando. “La protección del autor de obras plásticas en Venezuela”. *Revista de Ciencias Sociales* XIII, No. 1 (enero-abril de 2007) (Maracaibo): 147-58.
- Garaventa Carlos Adrián, “Anarquismo ¿contra el derecho?”. *Revista Lecciones y ensayos*, No. 3 (enero-abril de 2010) (Universidad de Buenos Aires): 2-12.

- Grün, Ernesto. “Algunas reflexiones sobre la memética y su aplicación al derecho”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 8 (Madrid: Universidad Carlos III) (2004-2005): 25-43.
- Guastini, Riccardo. “Sobre el concepto de Constitución”. *Revista Cuestiones Constitucionales*, No. 1 (julio-diciembre de 1999) (México DF: UNAM).
- Herrera, José Rafael. “La censura contra el arte”. *El Nacional* (Caracas), página de opinión de la edición del 10 de abril de 2014.
- Herrera, Marta, y Diego Muñoz. “¿Qué es la ciudadanía juvenil?”. *Acciones e Investigaciones Sociales* (julio de 2008): 186-206.
- Houtart, François. “El concepto de Sumak Kausay (Buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”. *Ecuador Debate*, No. 84 (diciembre de 2011): 1012-498.
- Kinsella, Stephan N. “Contra la propiedad intelectual”. *Journal de Estudios Libertarios* 15, No. 2 (primavera de 2001): 4-67.
- Klimenko, Olena. “La física cuántica, el observador y la creatividad”. *Revista Pensando Psicología* 7, No. 12 (2011) (Bogotá: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia).
- Laporta San Miguel, Francisco Javier. “Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 4 (1987) (Alicante: Universidad de Alicante): 71-7. DOI: < 10.14198/DOXA1987.4.04 >.
- Lee, Man Yee Karen. “Universal Human Dignity: Some Reflections in the Asian Context”. *Asian Journal of Comparative Law* 3 (enero de 2008): 283-313.
- León, Gerardo. “Comunicación y ciudadanía cultural. La migración como práctica de comunicación”. *Razón y Palabra* 13, No. 61 (marzo-abril de 2008) (México DF: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey). <<http://www.razonypalabra.org.mx/N/n66/actual/jleon.html>>. Consulta: 23 de enero de 2014.
- Londoño Ciro, Libardo, y Jairo Marín Tabares. “Metodología de la investigación holística. Una propuesta integradora desde las sociedades fragmentadas”. *Revista*

- Uni-pluri/versidad* 2, No. 3 (2002) (Medellín: Universidad de Antioquia): 22-4.
- Madrid Tamayo, Andrea. “La discoteca Factory: Estudio de caso sobre la emergencia identitaria del rock (Estudios sobre el Distrito Metropolitano)”. *Revista del Instituto de la Ciudad* 1, No. 3 (2013) (Quito: Editorial Instituto de la Ciudad): 97-134.
- Martin Wimmer, Franz. “Filosofía Intercultural ¿Nueva disciplina o nueva orientación de la filosofía?”. *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica XXXIII*, No. 80 (1996): 7-19.
- Martínez Dalmau, Rubén. “Arte, derecho y derecho al arte”. *Revista Derecho del Estado*, No. 32 (2014) (Bogotá: Universidad Externado de Colombia): 35-56.
- Medina Ardila, Felipe. “La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: Análisis jurisprudencial interamericano”. *Revista Debate Interamericano* (2009) (Bogotá: Ministerio de Relaciones exteriores de Colombia).
- Meyer-Bisch, Patricio. “A centralidades dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos”. *Revista Observatório Itaú Cultural*, No. 11 (enero-abril de 2011).
- Morillo Santacruz, Orlando. “Lo popular como expresión artística. Interculturalidad y transdisciplinariedad”. *Calle14: revista de investigación en el campo del arte* 7, No. 9 (junio-diciembre de 2012) (Bogotá: Universidad Distrital Francisco José de Caldas): 47-54.
- Munkttrick, David. “Music as Speech. A First Amendment Category unto itself”. *Federal Communication Law Journal* 62 (2010): 682-4.
- Núñez, Jorge. “Pasillo: canción del desarraigo”. *Cultura* 3, No. 7 (mayo-agosto de 1980) (Quito: Banco Central del Ecuador): 223-30.
- Prieto de Pedro, Jesús José. “Derechos culturales y desarrollo humano”. *Pensar Iberoamérica. Revista de Cultura*, No. 7 (septiembre-diciembre de 2004). <<http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm>>.
- Razeto Migliaro, Luis. “Libertad individual y Estado”. *Revista CPU Estudios Sociales*,

- No. 28-29 (1981) (Santiago de Chile).
- Rimbot, Emmanuelle. “Autorrepresentación y manifiestos en la nueva canción y canto nuevo”. *Revista Cátedra de Artes*, No. 3 (segundo semestre de 2006) (Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile): 25-40.
- Rosaldo, Renato. “La pertenencia no es un lujo: Procesos de ciudadanía cultural dentro de una sociedad multicultural”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica*, No. 3 (primavera de 2000) (México DF: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social), <<http://www.redalyc.org/pdf/139/13900305.pdf>>. Consulta: 23 de enero de 2014.
- Ruiz, Miguel Carlos. “Cuestiones constitucionales”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 10 (2004): 227-43. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/9/ard/ard8.htm>>. Consulta: 11 de julio de 2012.
- . “El constitucionalismo cultural”. *Revista Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional* 1, No. 9 (enero de 2003) (México DF: UNAM, 2003).
- Sáchica, Luis Carlos. “Constitución y derecho Internacional”. *Revista Derecho Público*, No. 31 (mayo de 1993) (Bogotá: Universidad de los Andes): 69-73.
- Santillán, Alfredo, y Jacques Ramírez. “Consumos culturales urbanos: El caso de la tecnocumbia en Quito”. *Iconos*, No. 18 (1988) (Quito: FLACSO-E).
- Sierra León, Yolanda. “Relaciones entre el arte y los derechos humanos”. *Derecho del Estado*, No. 32 (enero-junio de 2014) (Bogotá: Universidad Externado de Colombia): 77-100.
- Storini, Claudia. “Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador”. *Foro: revista de derecho*, No. 14 (II semestre de 2010) (Quito: UASB-E / CEN): 103-38.
- Torres Blanco, Roberto. “Canción protesta: Definición de un nuevo concepto historiográfico”. *Cuadernos de Historia Contemporánea* 27 (2005) (Madrid: Universidad Complutense de Madrid): 223-46.

- Valdés Sierra, Alain. “Disfrutar del verdadero arte es un derecho humano”. *Gramma* (9 de diciembre de 2014) (La Habana).
- Valente, Marcela. “Un Juez busca en un colegio al asesino de Víctor Jara”. *Qué!* (Bilbao) 2 de octubre de 2011. <<http://www.elcorreo.com/vizcaya/v/20111002/mundo/juez-busca-colegio-asesino-20111002.html>>. Consulta: 17 de septiembre de 2014.
- Valincenti, Ezequiel. “Proyecciones de la creatividad y el acto artístico en el mundo jurídico. Reflexiones desde el derecho del arte”. *Revista Investigación y Docencia*. (2014) (Rosario: Fundación para las investigaciones jurídicas): 81-117.
- Witker Velázquez Jorge, “Hacia una investigación jurídica integrativa”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, No. 122 (mayo-agosto de 2008) (México DF: UNAM): 943-64. <<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012212.pdf>>. Consulta: 15 de agosto de 2012.
- Zamora, Hernán. “¿Qué decimos cuando digo ‘hacer’?. Anotaciones para una reflexión acerca de los conceptos: Poesía, teoría, práctica y técnica”. *A Parte Rei. Revista digital de Filosofía*, No. 55 (enero de 2008): 1-24. <<http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/hernan55.pdf>>. Consulta: 15 de octubre de 2015.

Instrumentos jurídicos nacionales e internacionales

- Ecuador. Asamblea Constituyente. *Ley Orgánica de Comunicación*. RO, No. 22. Quito, martes 25 de junio de 2013.
- Ecuador. Asamblea Constituyente. *Ley Orgánica de Garantías Constitucionales*, RO *Suplemento*, No. 52. Quito, 22 de octubre de 2009.
- Ecuador. Asamblea Constituyente. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado*. RO, No. 555, Quito, 13 de octubre de 2011.
- Ecuador. Asamblea Constituyente. *Ley Orgánica de Cultura*, RO, No. 913. Quito, 30 de diciembre de 2016.
- Ecuador. Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 34/180, de 18 de

diciembre de 1979.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Decreto Legislativo 0, *Registro Oficial* (en adelante *RO*) No. 449. [Quito]. 20 de octubre de 2008.

Ecuador. CRE, artículo 340, inciso 1.

Ecuador. CRE, artículo 275, inciso final.

Ecuador. Asamblea Nacional. Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación. Quito, *RO*, No. 899, 9 de diciembre de 2016.

Ecuador. Asamblea Nacional del pueblo francés, “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789”. En *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2001. <<http://www.profesorenlinea.cl/universalhistoria/RevFraDchosH.htm>>. Consulta: 20 de mayo de 2015.

Código Civil Ecuatoriano, Codificación 010-*RO Suplemento*, No. 46, 24 de junio de 2005.

Comisión Interamericana de Derechos humanos. Declaración de principios sobre libertad de expresión. <<http://www.oas.org/es/cidh/>>. Consulta: 24 de febrero de 2014.

Constitución Política de la República de Chile, <http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Consulta: 3 de octubre de 2013.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, y entró en vigor el 4 de enero de 1969, en su Resolución 2106 A (XX)

Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la

Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, Ocaso de la justicia, el caso sol rojo, informe psicosocial y de derechos humanos. Quito: CEDHU / INREDH, Clínica Ambiental, 2012.

Congreso Nacional del Ecuador, Código Civil Ecuatoriano, Codificación 010. *RO-Suplemento* 46 de 24/06/ 2005.

Colombia. Corte Constitucional.
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-104-96.htm>>.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia,
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-104-96.htm>>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, San José, CIDH, 1969. fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

Declaración de Cartagena de Indias (Primera Reunión Interamericana de Ministros y Máximas Autoridades de Cultura, junio de 2002).
<<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista11/instrumentos/valor.htm>>.

Declaración de Friburgo, 7 de mayo de 2007. Universidad de Fribourg y el día siguiente, 8 de mayo de 2007, en el Palais des Nations de Ginebra. Este documento fue presentado por el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales.

Declaración de Hangzhou. Situar la cultura en el centro de las políticas de desarrollo sostenible. 17 de mayo de 2013. <<http://audadp.org.uy/wp-content/uploads/2013/06/Declaracion-de-hangzhou-en-esp.pdf>>.

Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, adoptada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida en París, en su 14.a reunión, el 4 de noviembre de 1966

Declaración de México sobre las Políticas Culturales UNESCO, Conferencia mundial sobre las políticas culturales en México D.F., reunida del 26 de julio al 6 de agosto

de 1982

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

Declaración Universal de los Derechos lingüísticos, UNESCO, aprobada en Barcelona durante la Conferencia Mundial de Derechos Lingüísticos, celebrada del 6 al 9 de junio de 1996 por iniciativa del Comité de Traducciones y Derechos Lingüísticos del International PEN Club y el CIEMEN *Escarre International Center for Ethnic Minorities and the Nations*.

Declaración del buen pueblo de Virginia, fue adoptada por la Convención de Delegados de Virginia como parte de la Constitución de Virginia en el marco de la Revolución Americana el 12 de junio de 1776.

OEA. CIHD. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948. ACNUR.

OEI. Declaración de Salamanca del año 2005. <<http://www.oei.es/xvcumbredec.htm>>. Consulta: 22 de mayo de 2013.

ONU. Observación General No. 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) E/C.12/GC/21/Rev.1, Ginebra, 2009

ONU. *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*. UNESCO, documento adoptado por la Conferencia General de la UNESCO. París, 2 de noviembre de 2001.

Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Encuesta Latinoamericana de hábitos y prácticas culturales. Madrid: Liagrafic, 2014.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 A (XXI).

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante

resolución 2200 A (XXI).

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Informe sobre desarrollo humano: La libertad cultural en el mundo diverso de hoy, Barcelona Ediciones Mundi-Prensa SA 2004.

Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, fue Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Informe sobre Desarrollo Humano 2004, PNUD. <<http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2004/>>.

PNUD, *Informe sobre el desarrollo humano 2004: La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Nueva York: Mundi-Prensa Libros, 2004.

UNESCO. Informe Mundial Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural.

UNESCO. Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919s.pdf>>.

UNESCO. Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional. 4 de noviembre de 1966. <http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13147&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

UNESCO, Cultura y desarrollo en <<http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/culture-and-development>>.

UNESCO, Informe Mundial sobre cultura, <<http://www.bibliociencias.cu/gsd/collect/libros/archives/HASH01cd.dir/doc.pdf>>.

UNESCO, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, ONU para la educación y la cultura, <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00006>>. Consulta: 10 de mayo de 2015.

UNESCO. Declaración de México sobre las políticas culturales. <http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf>. Consulta: 19 de febrero de 2014.

Sentencias y resoluciones

Cámara en lo Contencioso Administrativo Argentina. Sentencia 28 de diciembre de 2004, Expte. “Asociación Cristo Sacerdote c/ GCBA”.

Corte Constitucional de Colombia. Expediente T-247550. Acción de tutela instaurada por Flor Elvira Russi Rodríguez contra Hernán Joaquín Fonseca Jiménez. Sentencia T-244/00. Santafé de Bogotá, 3 de marzo de 2000.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 0140-12 -SEP-CC, 17. Caso No. 1739-10 EP. 17 de abril de 2012,

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-10-SIN-CC. Casos No. O OOOS-09-in y 0011-09-in (acumulados), 18 de marzo de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia (Fondo) Serie C No. 4, 29 de julio de 1988.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-10-PJO-CC / Caso No. 0999-09-JP.

Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Reparaciones y Costas, párrafo 44f,.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas.

Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros vs. Chile, Sentencia Fondo, Serie C No. 73. Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001.

Corte IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones) párrafo 213. Corte Suprema de los EUA. Sentencia caso Miller v. California, 413 US \$ 15 (1973) 413 US \$ 15 Miller vs. California, Apelación de la decisión del Departamento de Apelaciones del Tribunal de primera instancia de California, Condado de Orange No. 70-73.

Corte IDH. Caso Olmedo Bustos y otros contra Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 65. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf>.

Sistema Interamericano de DD.HH. Caso No. 10.258, Informe No. 1/97. Ecuador, Manuel García Franco, 12 de marzo de 1997.

Sistema Interamericano de DD.HH. Caso No. 10.606, Informe No. 11/98, Samuel de la Cruz Gómez. Guatemala, 7 de abril de 1998.

Sistema Interamericano de DD.HH. Caso No. Informe No. 140/99. Guatemala, Francisco Guarcas Cipriano, 21 de diciembre de 1999.

Sistema Interamericano de DD.HH. Caso No. 10.588 (Isabela Velásquez y Francisco Velásquez), 10.608 (Ronald Homero Nota y otros), 10.796 (Eleodoro Polanco Arévalo), 10.856 (Adolfo René y Luis Pacheco del Cid) y 10.921 (Nicolás Matoj y otros), Informe No. 40/00. Guatemala, 13 de abril de 2000.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Caso No. 10.580, Informe No. 10/95. Ecuador, Manuel Bolaños, 12 de septiembre de 1995.

Tribunal Colegiado Sexto en Materia Administrativa del Primer Circuito de México DF, Juicio de amparo 171/2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Caso Vereinigung Bildender Künstler vs. Austria Aplicación No. 68354/01, 25 de enero de 2007.

TEDH. Caso Muller vs. Suiza. Sentencia TEDH 1988\8, 24 de mayo de 1988.

TEDH. Caso Otto Preminger-Institut contra Austria, Estrasburgo. Sentencia, 20 de septiembre de 1994.

Tribunal Constitucional de España. Sala Segunda. Sentencia No. 51/2008, 14 de abril de 2008. BOE num. 117, 14 de mayo de 2008.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. STc 320/1994, 28 de noviembre de 1994.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia 153/1985. Conflicto positivo de competencia 447/1982, 7 de noviembre de 1985.

Tribunal Constitucional Español, Pleno. Sentencia 5/1981 de 13 Feb. 1981, rec. 189/1980, consultada en <http://biblioteca.parlamentocantabria.es/dossier/dossier92/JURISPRUDENCIA%20CONSTITUCIONAL/S TC%205%201981.pdf>. Consulta: 11 de octubre de 2011.

Tribunal Constitucional Federal Alemán. Caso Mephisto. Sentencia BVerfGE 30, 17.3.

Sitios web

Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Sudamérica. Raúl Pérez Torres. “La Casa de la cultura va hacia otro modelo de gestión”. 15 de mayo de 2013. <http://www.andes.info.ec/es/cultura/raul-perez-torres-casa-cultura-va-hacia-nuevo-modelo-gestion.html>. Consulta: 15 de mayo de 2013.

“Agenda 21 de la Cultura”. 31 de enero de 2008. <http://www.agenda21culture.net/index.php/es/docman/agenda21/222-ag21es/file>. Consulta: 22 de octubre de 2014.

Alifano, Roberto. “Reportaje a Borges” 10/4/81. <http://utopiasargentinas.blogspot.com/2011/12/la-libertad-como-una-ilusion-necesaria.html>.

Alto Comisionado de los Derechos Humanos. *Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos sociales y culturales*. Folleto informativo No. 33, Suiza. http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=177&m=197. Consulta: 20 de marzo de 2013.

Andino Veloz, Byron. “Ni la cárcel ni la represión callaron la voz del Chamo Guevara”. <http://www.cotopaxinoticias.com/seccion.aspx?sid=12&nid=12167>. Consulta: 20 de julio de 2016.

Ávila, Raúl. “Constitucionalismo Cultura: Hacia una nueva etapa constitucional en México”, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/94/9.pdf>.

-----, “Derecho constitucional cultural iberoamericano”, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/341/3.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2011.

Ayala Mora, Enrique. “La interculturalidad en el Ecuador”,

<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/380/File/Interculturalidad%20en%20el%20Ecuador.pdf>.

“Biografía de Hugo Idrovo”.

<http://descargarockecuadoriano.blogspot.com/2013/12/hugo-idrovo-biografia.html>. Consulta: 21 de julio de 2016.

Calderón de Burgos, Gabriela. “Un buiter-policia pone a prueba la tolerancia de un funcionario”. 12 de mayo de 2008. *El Cato.org*. <https://www.libremente.org/un-cuervo-policia-pone-a-prueba-la-tolerancia-de-un-funcionario/>. Consulta: 26 de febrero de 2014.

Calvo Cardenas, Leonardo. “La nueva Trova: Cuarenta años después”. 29 de febrero de 2012. <https://www.cubonet.org/articulos/la-nueva-trova-cuarenta-anos-despues/>. Consulta: 20 de junio de 2016.

Carrión, Fernando. “Espacio público: Punto de partida para la alteridad”, <http://www.flacso.org.ec/docs/artfcalteridad.pdf>. Consulta: 17 de mayo de 2016.

Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”. <http://cce.org.ec/index.php?id=27>. Consulta: 6 de julio de 2012.

Córdova Vinuesa, Paúl. “Agustín Cueva: El cambio en la matriz cultural”, *Rebelión*, 4 de mayo de 2013, <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=167635>. Consulta: 28 de octubre de 2014.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel. “Aportes a la culturología jurídica, los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica”. http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd38_3.pdf.

Coalición para la diversidad cultural, <http://www.cdc-ccd.org/?lang=es>. Consulta: 24 de julio de 2012.

Consejo Suramericano de Cultura, Estatuto.

<http://www.unasur.org/images/descargas/ESTATUTOS%20CONSEJOS%20MINISTERIALES%20SECTORIALES/ESTATUTO%20CONSEJO%20DE%20CULTURA.pdf>. Consulta: 19 de noviembre de 2014.

Dans, Enrique. “Cambios en la industria musical, actualidad musical on line”,

http://profesores.ie.edu/enrique_dans/download/musica-pca.pdf. Consulta: 14 de octubre de 2014.

“Definición de artista: El ‘Exponente del arte’”, <http://www.abcpedia.com/diccionario/definicion-artista.html>. Consulta: 7 de enero de 2012.

Deleuze Gilles, “¿Qué es el acto creativo?”. <http://www.fermentario.fhuce.edu.uy/index.php/fermentario/article/view/110/70> . Consulta: 19 de octubre de 2015.

“Diálogo sobre la cultura: Vargas Llosa y Lipovetsky”. *Función Lenguaje*. <http://funcionlenguaje.com/pensamiento-contemporaneo/dialogo-sobre-la-cultura-vargas-llosa-y-lipovetsky.html>. Consulta: 8 de julio de 2013.

“Discriminación y violencia contra artistas y músicos callejeros en la ciudad”. *La Fábrica Porteña* (Buenos Aires), 27 de agosto de 2001. <http://lafabricaportena.com/acerca-de-la-fabrica-portena/>. Consulta: 20 de junio de 2013.

Dieter, Nohlen. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3045/2.pdf>.

Doctorado derecho de la cultura, <https://serviweb.uned.es/doctorado/mostrarprograma.asp?cod=0611005>.

Documento de conclusiones y propuestas del “Foro de creación artística” para el desarrollo del plan de acción de la Carta Cultural Iberoamericana” http://www.urjc.es/ceib/espacios/observatorio/gobernabilidad/documentos/d_humanos/Gob-IV-43-A.pdf. Consulta: 20 de noviembre de 2015.

Documento de constitución de la UNESCO: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001337/133729s.pdf#page=7> Enciclopedia jurídica On line 2014. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/libertades-p%C3%BAblicas/libertades-p%C3%BAblicas.htm>.

“El presunto asesino de Víctor Jara se jactaba del arma con que lo mató, según un testigo, publicado”, 19 de junio de 2016. <http://www.cancioneros.com/co/8433/2/el-presunto-asesino-de-victor-jara-se-jactaba-del-arma-con-que-lo-mato-segun-un->

- testigo». Consulta: 20 de junio de 2016.
- Endara, Sebastián. “Buen vivir libertario”, Foro mundial de alternativas, [〈http://www.forumdesalternatives.org/ES/readarticle.php?article_id=24736〉](http://www.forumdesalternatives.org/ES/readarticle.php?article_id=24736).
- , “Buen vivir cultura y economía”, *Rebelión*, 3 de diciembre de 2011. [〈http://www.rebellion.org/noticia.php?id=140574〉](http://www.rebellion.org/noticia.php?id=140574).
- Estrella, Carmen. “Supremacía constitucional y control de constitucionalidad”. Derecho Ecuador.com. [〈http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/supremaciacutea-constitucional-br-y-control-de-constitucionalidad〉](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/supremaciacutea-constitucional-br-y-control-de-constitucionalidad). Consulta: 4 de noviembre de 2014.
- “El rapero Pablo Hasél, condenado a dos años de cárcel por enaltecer el terrorismo”, 1 de abril de 2014. *El Economista.es*. [〈http://www.eleconomista.es/espana/noticias/5671136/04/14/El-rapero-Pablo-Hasel-condenado-a-dos-anos-de-carcer-por-enaltecer-el-terrorismo.html#Kku8uQIZUnVE4ImR〉](http://www.eleconomista.es/espana/noticias/5671136/04/14/El-rapero-Pablo-Hasel-condenado-a-dos-anos-de-carcer-por-enaltecer-el-terrorismo.html#Kku8uQIZUnVE4ImR). Consulta: 10 de abril de 2014.
- FENOCIN documento, [〈http://www.fenocin.org/interculturalidad.html〉](http://www.fenocin.org/interculturalidad.html).
- Fernández Hermana, Luis Ángel, Entrevista a Alan Tourraine, [〈http://www.lafh.info/articleViewPage.php?art_ID=527〉](http://www.lafh.info/articleViewPage.php?art_ID=527).
- Fernández, Luis Ángel. [〈http://www.lafh.info/articleViewPage.php?art_ID=527〉](http://www.lafh.info/articleViewPage.php?art_ID=527). Consulta: 20 de septiembre de 2011.
- Ferrer, Eulalio. “El proceso creativo”, [〈http://segmento.itam.mx/Administrador/Uploader/material/EI%20Proceso%20Creativo.PDF〉](http://segmento.itam.mx/Administrador/Uploader/material/EI%20Proceso%20Creativo.PDF). Consulta: 2 de junio de 2015.
- Foro social de las Américas, “Carta mundial por el derecho a la ciudad”, [〈http://www.aeropuertocuena.ec/Carta_Mundial.pdf〉](http://www.aeropuertocuena.ec/Carta_Mundial.pdf). Consulta: 23 de enero de 2014.
- Fuentes, Carlos. Discurso en el VII Foro Iberoamérica, Organización de Estados Iberoamericanos. [〈http://www.oei.es/publicaciones/detalle_publicacion.php?id=136〉](http://www.oei.es/publicaciones/detalle_publicacion.php?id=136).

- Fuentes González, Homero Calixto. “El proceso de investigación científica desde el modelo holístico configuracional”. Edición electrónica MEGACEN, Centro de Información y Gestión para la Ciencia y la Técnica, del Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio de Cuba 8. No. 2 (2003). <<http://www.santiago.cu/cienciapc/n/numeros/2003/2/articulo02.htm>>. Consulta: 10 de septiembre de 2014.
- Gándara, Carballido. “Los derechos humanos como productos culturales”. <<http://www.culturaiberoamerica.cr/memoria/html/pdf/04riqueza/01Ponencia.pdf>>. Consulta: 16 de noviembre de 2015.
- García, Manuel. “Retrato Iluminado”, <<http://www.cancioneros.com/co/6431/2/manuel-garcia-presenta-retrato-iluminado-su-nuevo-disco-en-el-metro-de-santiago>>, Consulta: 22 de junio de 2016.
- Gómez, Leonardo, y Xavier Montero. “A la industria musical todavía le falta ritmo”. *Líderes*. <<http://www.revistalideres.ec/lideres/industria-musical-todavia-le-falta.html>>, consulta: 26 de junio de 2016.
- González Auriolés, Jorge. “Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática”. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/18/pr/pr13.pdf>>. Consulta: 1 de marzo de 2016.
- González, Juan Pablo. Censura, industria y nación: Paradojas del boom de la música andina en Chile (1975-1980)”. *Revista digital nuevo mundo*. <<https://nuevomundo.revues.org/67810>>. Consulta: 26 de mayo de 2016.
- Guaranda Mendoza, Wilton. “Facultades y limitaciones legales en el Ecuador para el desarrollo de actividades extractivas en áreas protegidas”. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, <http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=214:facultades-y-limitaciones-legales-en-el-ecuador-para-el-desarrollo-de-actividades-extractivas-en-areas-protegidas&Itemid=126>. Consulta: 23 de noviembre de 2014.
- Guarderas, Santiago. “La jurisprudencia en la CIDH sobre libertad de expresión”.

Asociación ecuatoriana de editores de periódicos, AEDEP
<http://www.aedep.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=139:la-jurisprudencia-en-la-cidh-sobre-libertad-de-expresion-&catid=1:recientes>.
Consulta: 7 de enero de 2012.

Guerrero Obando Fabián <<http://www.revista.agulha.nom.br/ag67bienalobando.htm>>.

Guillén, Jesús C. “¿Por qué el cerebro humano necesita el arte?”. *Escuela con cerebro*.
<<https://escuelaconcerebro.wordpress.com/2015/01/31/por-que-el-cerebro-humano-necesita-el-arte/>>. Consulta: 17 de octubre de 2015.

Harvey R. Edwin. “Legislación cultural en los países del Convenio Andrés Bello”.
Informe No. 4, París, 1984,
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000507/050705so.pdf>>.

Herrera Flores, Joaquín. “La complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, No.1 (2008): 134-5. <<http://reid.org.br/?CONT=0000010>>. Consulta. 8 de diciembre de 2012.

Herrera, Lizardo, “La muerte de Jaime Roldós: entre el autoritarismo y la máquina de terror”. *Plan V*. <<http://www.planv.com.ec/ideas/ideas/la-muerte-jaime-roldos-entre-el-autoritarismo-y-la-maquina-terror>>. Consulta: 6 de junio de 2016.

Holloway, John. “Nuestro poder es el poder del hacer, del crear, de la socialidad. El poder de ellos es el poder de separar, de individualizar, el poder de lo que es”. Centro de Estudios Miguel Enríquez.
<http://www.archivochile.com/Debate/debate_izq_latina/debatizqlatina0019.pdf>.
Consulta: 4 de noviembre de 2015.

Human Rights Watch (HRW). <<http://www.hrw.org/world-report/2014/country-chapters/122004>>.

IFPI, Informe anual La industria discográfica en cifras, <<http://www.ifpi.org/>>.

Informe 2009 Amnistía internacional,
<<http://report2009.amnesty.org/es/regions/africa/cameroon>>.

Instituto de terapia Cognitiva. <http://www.inteco.cl/articulos/003/doc_esp7.htm>.

- Jolij J, Meurs M. “Music Alters Visual Percepción”. Holanda, PLoS ONE 6(4): 8861. DOI: 10.1371/journal.pone.001886, 2011.
- “La industria discográfica en cifras”, IFPI, <<http://www.ifpi.org/>>. Consulta: 14 de octubre de 2014.
- “La no industria musical en Ecuador: Hacia la recuperación de un paciente terminal publicado”. *Cartón Piedra*, 13 de enero de 2013. <<http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/carton-piedra/1/la-no-industria-musical-en-ecuador-hacia-la-recuperacion-de-un-paciente-terminal>>. Consulta: 21 de julio de 2016.
- Ley de donaciones, Chile, en <<http://www.donacionesculturales.gob.cl/ley-de-donaciones-culturales/>>.
- “Libertades Civiles y Derechos Humanos”. *A-políticos*, 2 de octubre de 2010. <<http://a-politicos.blogspot.com/2010/10/libertades-civiles-y-derechos-humanos.html>>. Consulta: 15 de noviembre de 2015.
- López Martín, Pablo. “La reconversión del bien común en interés general. Ponencia presentada en las I Jornadas de Doctrina Social de la Iglesia sobre el bien común. <<https://iifv.files.wordpress.com/2011/06/bien-como3ban.pdf>>.
- Maldonado Muñoz, Mauricio. “La pareja feliz es un programa horrible”. *La República*, 7 de octubre de 2014., <<http://www.larepublica.ec/blog/opinion/2014/10/07/la-pareja-feliz-es-un-programa-horrible/>>. Consulta: 4 de noviembre de 2014.
- Marcos, Jesús Miguel. “Las voces que lucharon contra Franco”. *Público.es*, 20 de abril de 2011. <<http://www.publico.es/culturas/372166/las-vozes-que-lucharon-contra-franco>>. Consulta: 19 de septiembre de 2014.
- Marrero Fernández, Marilys. “La libertad estético-artística en el marxismo”. <<http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2011/mmf/libertad%20estetico%20artistica%20en%20el%20marxismo.ht>>. Consulta: 15 de octubre de 2013.
- Martínez Majado, Álvaro. “¿Qué es la canción de autor?”. <<http://alvaro.cat/es/humanidades/que-es-la-cancion-de-autor.html>>. Consulta: 10 de septiembre de 2014.

- Mascaró Rotger, Antonio. “Símbolos de libertad”. <<https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/simbolos-de-libertad>>. Consulta: 10 de agosto de 2015.
- Maturana Toledo Carlos, Libertad de expresión en Chile. Libertad de expresión y censura judicial. Evolución constitucional y comentarios de jurisprudencia, <<http://www.eplo.eu/alfaII/docs/3rd%20Seminar/1.pdf>>.
- Mayor Ferrándiz, Teresa María. “El cine nazi: Judíos versus arios, estereotipos y películas. *Revista de claseshistoria*, No. 256 (15 de noviembre de 2011). <<http://www.claseshistoria.com/revista/2011/articulos/mayor-cine-nazi.pdf>>. Consulta: 20 de septiembre de 2014.
- Mazzini, Giuseppe. “¿Política de principios o política de intereses?”. *Biblioteca Virtual Antorcha*, <http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/mazzini/caratula.html>. Consulta: 10 de febrero de 2016.
- Ministerio de Cultura, <http://www.ministeriodecultura.gob.ec/transparencia/cat_view/48-lotaip/158-regulacion-y-control/72-rendicion-de-cuentas.html>.
- “El genocidio cultural durante la dictadura”. *Minutouno*. <<http://www.minutouno.com/contenidos/home.html>>. Consulta: 17 de septiembre de 2014.
- Moa, Pío Luis. “El poder y la libertad”. <<http://www.piomoa.es/?p=1773>>. Consulta: 11 de noviembre de 2015.
- Morel, Eric. “Constitucionalismo y su evolución”, 8 de septiembre de 2010. <<http://ericmorelderechoconstitucional.blogspot.com/2010/09/contitucionalismo-y-su-evolucion.html>>. Consulta: el 3 de noviembre de 2015.
- Moreno, Álvaro. “Industria cultural: la economía naranja”. *LatinTrade.com*. <<http://latintrade.com/es/industria-cultural-la-economia-naranja/>>. Consulta: 20 de noviembre de 2015.
- Morin, Edgar. “La unidualidad del hombre”, *Gazeta deAntropología*, 22 de septiembre de 1997. <<http://hdl.handle.net/10481/13575>>.

- Muñoz Ortega, Miguel. “La provocación como método (sobre Albert Pla)”. Publicado en el Blog personal del autor Periodismo de ida y vuelta.
- Niec, Halina. “Cultural Rights: At the End of the World Decade for Cultural Development”. *A New Global Ethics*.
 <http://www.unesco.org/culture/laws/stockholm/html_sp/paper.shtml>.
- Nuñez Baquero, Fabián. “Arte, cultura y burocracia cultural. Umbral de las voces.”
 <<http://umbraldelasvoces.blogspot.com/2013/09/arte-y-cultura-y-la-burocracia-cultural.html>>. Consulta: 23 de abril de 2014.
- Observatorio Cultural, “Enfoque de derechos y políticas culturales. Importancia y debate del carácter fundamental de los derechos culturales”, Observatorio cultural del Departamento de estudios del Consejo Nacional de la Cultura y las artes de Chile,
 <<http://www.observatoriocultural.gob.cl/revista/7-estudios/13-enfoque-de-derechos-y-politicas-culturales-importancia-y-debate-del-caracter-fundamental-de-los-derechos-culturales/>>. Consulta: 1 de julio de 2015.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos,
 <<http://www.ohchr.org/SP/Issues/derechos culturales/Paginas/MandateInfo.aspx>>.
- Organización de Estados Iberoamericanos <<http://www.oei.es/index.php>>.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
 <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=5452>>. Consulta: 4 de octubre de 2013.
- Osorio, Betty. “La cultura de la resistencia y la liberación en la construcción del nuevo pensamiento-praxis filosófico y político”. *Aporrea*,
 <<http://www.aporrea.org/ideologia/a49739.html>>. Consulta: 3 de noviembre de 2015.
- Pachano Fernando, “Apuntes sobre la interpretación constitucional”,
 <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/Apuntes_sobre_la_interpretacion_constitucional.pdf>.
 Consulta: 3 de marzo de 2016.
- Pakinar, Raimond. <<http://raimon-panikkar.org/spagnolo/gloss>>.

- Pereira, Marcelo. “Música e izquierda”, *Henciclopedia*, <http://www.henciclopedia.org.uy/autores/MPereira/Oreiro.htm>. Consulta: 19 de noviembre de 2014.
- Plataforma Ciudadana para la Información y la Participación Pública, Democracia cultural. <http://plataformagerena.wordpress.com/2008/07/09/democracia-cultural/>.
- Pompilio Santeliz, Rafael. “El cantor y la música para el cambio social”. <http://www.aporrea.org/actualidad/a168720.html>. Consulta: 11 de septiembre de 2014.
- Prensa Latina, Agencia Informativa Latinoamericana, Parlamento ecuatoriano prevé fortalecer Revolución Cultural, en http://www.prensa-latina.cu/index.php?option=com_content&task=view&id=2346921.
- Prieto de Pedro, Jesús José. “Diversidad y derechos culturales”. Conferencia del “VI Encuentro para la Promoción y Difusión del Patrimonio Inmaterial de los Países Andinos”. Medellín 2005. <http://www.c3fes.net/docs/memoriasprieto.pdf>.
- “Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”. 1986. <http://www.cc.gob.gt/ddhh2/docs/Instrumentos/Internacional/Limburgo.pdf>. Consulta: 2 de julio de 2013.
- Proudhon, Pierre Joseph. “El principio federativo (Fragmentos)”. http://www.nodo50.org/fau/teoria_anarquista/proudhon/1.htm. Consulta: 9 de marzo de 2016.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Informe sobre Desarrollo Humano 2004, *PNUD*. <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2004/>.
- Prusak Bernard, Politics, Religion & The Public Good, An interview with philosopher John Rawls *Commonweal*, September 25, 1998 / Volume CXXV, Number 16, puede leerse en página web <http://www98.homepage.villanova.edu/bernard.g.prusak/interviewwithrawls.htm>.

- Quijano, Anibal. “Colonialidad del poder, globalización y democracia”, Lima, 2000, en <http://www.rrojasdatabank.info/pfpc/quijan02.pdf>. Consulta: 5 de junio de 2012.
- Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural del 26 de noviembre de 1976 <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.
- Red Ecuatoriana de trovadores, “Unas líneas sobre la canción de autor en el Ecuador”, <http://canciondeautorecuador.blogspot.com/p/la-cancion-de-autor-en-ecuador.html>. Consulta: 11 de septiembre de 2014.
- Requejo, Ferrán. “Libertad cultural y democracia”, *Revista de Prensa*, 30 de enero de 2006. <http://www.almendron.com/tribuna/libertad-cultural-y-democracia/>. Consulta: 24 de julio de 2012.
- Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, Interpretación sobre los principios enunciados en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Principio 1, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>.
- Resolución 65/309. “La felicidad: hacia un enfoque holístico del desarrollo”. 2011. <http://www.un.org/es/ga/65/resolutions.shtml>.
- Ros, Nora. “El lenguaje artístico, la educación y la creación”. *Revista Iberoamericana*. (2004). Organización de Estados Iberoamericanos para la educación y la cultura. <http://www.rieoei.org/deloslectores/677Ros107.PDF>. Consulta: 20 de noviembre de 2015.
- Rousseau, Juan Jacobo. “El contrato social”, Aleph.com, 4, <http://www.bibliocomunidad.com/web/libros/Juan%20J.%20Rousseau%20-%20El%20Contrato%20Social.pdf>. Consulta: 26 de diciembre de 2012.
- Rubio, J. V. “Principios, o características de la complejidad”, 9 de enero de 2003, www.antroposmoderno.com/word/principios.doc. Consulta: 20 de junio de 2016.
- Rudolf, Rocker. *Nacionalismo y cultura*. Biblioteca Anarquista, 1936. http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/nacionalismo/indice.html. Consulta: 16 de julio de 2012.

- Runa, Odiseo. “La ‘revolución cultural’ y las ‘industrias culturales’ correítas”. *Ecuador libre red*, <<http://ecuadorlibre.tk/index.php/ecuador/cultura-y-arte/2298-2013-07-17-20-06-37>>.
- Sayol, Franc. “¿Dónde está hoy el dinero en la música? El desconcierto de la industria”. <http://www.playgroundmag.net/articulos/columnas/hoy-dinero-musica-desconcierto-industria_5_1042145780.html>. Consulta: 21 de junio de 2016.
- Shaheed, Farida. “El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas”. <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>>. Consulta: 29 de febrero de 2016.
- Observatorio Cultural, “Enfoque de derechos y políticas culturales: Importancia y debate del carácter fundamental de los derechos culturales”, Observatorio cultural del Departamento de estudios del Consejo Nacional de la Cultura y las artes de Chile. <<http://www.observatoriocultural.gob.cl/revista/7-estudios/13-enfoque-de-derechos-y-politicas-culturales-importancia-y-debate-del-caracter-fundamental-de-los-derechos-culturales/>>. Consulta: 1 de julio de 2105.
- Sen, Amartya. “La cultura como base del desarrollo contemporáneo”; extraído de diálogo UNESCO Página Web
<http://www.fidamerica.org/admin/docdescargas/centrodoc/centrodoc_305.pdf>.
- Sen Amartya, ¿Cómo importa la cultura en el desarrollo?, este artículo puede leerse en <<http://www.letraslibres.com/revista/convivio/como-importa-la-cultura-en-el-desarrollo>>.
- Sen, Amartya. “Cultura y desarrollo”, <http://www.oei.es/cultura/cultura_desarrollo.htm>.
- Sentencia 30, 173 Caso Mephisto puede leerse en <<http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/mephisto.pdf>>.
- Sentencia BVerfGE 30, 173 [Mephisto]. <<http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/mephisto.pdf>>.
- Servaes, Jan. “Libertad cultural, globalización cultural y acción participativa”. <http://www2.metodista.br/unesco/PCLA/revista3/artigo_servaes.htm>.

- Symonides, Janusz. “Derechos culturales: Una categoría descuidada de derechos humanos”. Sala de Prensa, año XI, No. 124 (febrero de 2010) <http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals419.pdf>.
- The Biosophical Institute Inc. <<http://biosophicalinstitute.tripod.com/>>. Consulta: 9 de mayo de 2016.
- Universidad de Friburgo, Declaración de Fribourgo sobre Derechos Culturales en <<http://www.culturalrights.net/es/documentos.php?c=14&p=161>>.
- Vásquez, Chalena. “El arte: Un derecho humano”. Ponencia, Encuentro Nacional de Arte Diversidad Cultural y Educación. <<http://es.scribd.com/doc/22639863/El-Arte-un-Derecho-Humano-Chalena-Vasquez>>. Consulta: 29 de enero de 2016.
- Vegas, Xabel. “Contra la nueva canción protesta”. En el Blog de Xabel Vegas, <<http://xabelvegas.wordpress.com/2014/04/08/contra-la-nueva-cancion-protesta/>>. Consulta: 19 de septiembre de 2014.
- Vial Solar, Tomás. “El derecho a libertad de creación artística en la Constitución”, <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/derecho-a-libertad-de-creacion.pdf>>. Consulta: 9 de julio de 2013.

Entrevistas

- Aquevedo, Eduardo. Entrevista a Pierre Bourdieu, “EL poder y los medios de comunicación”. 2 de mayo de 2009. <<http://aquevedo.wordpress.com/tag/poder-cultural/>>.
- Caballero, Jorge, “El terrorismo es arma electoral de la derecha española: Serrano”. Entrevista a Ismael Serrano publicada en el diario *La Jornada* de México, 8 de marzo de 2004.
- Lagás, Jorge. “El presente de los cantautores; este movimiento va a dejar huella”. Entrevista a David Ponce, Santiago de Chile, junio 2010. <http://www.terra.cl/musica/index.cfm?id_cat=115&id_reg=1451806>.
- Neketán José. Entrevista a Luis Eduardo Aute, “Entrevista online con Luis Eduardo Aute”. (El Perinqué: Las Palmas de Gran Canaria), 17 de enero de 2006. <<http://www.canarias7.es/participacion/entrevista.cfm?Id=99>>. Consulta 20 de

septiembre de 2014.

Núñez Jaime, Víctor. Entrevista a Alejandro Jodorowsky. diario *El País* de España, 28 de octubre de 2015.

Touraine, Alain. Entrevista, transcrita por María Lila Ltaif Curbelo. <<http://www.espectador.com/text/especial/touraine.htm>>. Consulta: 2 de julio de 2013.

Periódicos

Alvarado, Ana. “La ‘Pareja feliz’ ya no se transmitirá”. *El Comercio* (Quito), 17 de noviembre de 2014. <<http://www.elcomercio.com/tendencias/parejafeliz-transmision-television-sancion-supercom.html>>. Consulta: 20 de noviembre de 2015.

Argüelles, Jose Luis. “Albert Pla: A mí siempre me ha dado asco ser español y espero que a todo el mundo”. *La Nueva España*. <<http://www.lne.es/gijon/2013/10/16/dado-asco-espanol-espero-mundo/1484451.html>>.

“Cultura e democracia: discurso competente e otras falas”. *La Jornada*. <<http://www.jornada.unam.mx/2008/05/26/marilena.html>>.

“Cuando el genocidio acaba con la cultura”. *El Orden Mundial*, 21 de septiembre de 2105. <<http://elordenmundial.com/cultura-y-sociedad/cuando-el-genocidio-acaba-con-la-cultura/>>. Consulta: 20 de junio de 2016.

“El arte como una de las formas de la resistencia”, *El Comercio* (Quito), <<http://www.elcomercio.com/tendencias/cultura/arte-de-formas-de-resistencia.html>>, consulta: 2 de junio de 2016.

“El cantautor Ramón Tarrío lleva su poesía cantada a la Biblioteca Pública”. *La Verdad de Ceuta*. 24 de junio de 2014. <<http://www.laverdaddeceuta.com/index.php/politica/43-cultura/22445-el-cantautor-ramon-tarrio-lleva-su-poesia-cantada-a-la-biblioteca-publica>>. Consulta: 22 de junio de 2016.

“Incidentes en colegio católico por penetración marxista”. *El Mercurio* (Santiago), 12 de

julio de 1969.

Montalvo, Gabriela. “Economía y cultura: industrias culturales y matriz productiva”. *El Telégrafo* (Quito), 12 de mayo de 2014.

⟨<http://www.telegrafo.com.ec/economia/masqmenos/item/las-industrias-culturales-en-ecuador.html>⟩.

“Nacho Vegas homenajea al cineasta Mike Leigh con el espectáculo ‘La vida es dulce’”.

20 *Minutos*. ⟨<http://www.20minutos.es/noticia/1764343/0/nacho-vegas/homenaje/mike-leigh/>⟩. Consulta: 22 de junio de 2016.

Olsen, Marc. “Stephen King on the artistic merits of torture porn”, *Los Angeles Times*, 22 de junio de 2007.

Reyes, Víctor. “Bob Dylan, el Premio Nobel y los límites de la literatura”. *Rpp Noticias*.

⟨<http://rpp.pe/cultura/literatura/bob-dylan-el-premio-nobel-y-los-limites-de-la-literatura-noticia-1002366>⟩, consulta: 20 de junio de 2016.

Salgado Jácome Pablo, “En Ecuador solo música extranjera”, *El Telégrafo* (Quito), 23 de enero de 2013. ⟨<http://www.telegrafo.com.ec/opinion/columnistas/item/en-ecuador-solo-musica-extranjera.html>⟩. Consulta: 17 de enero de 2014.

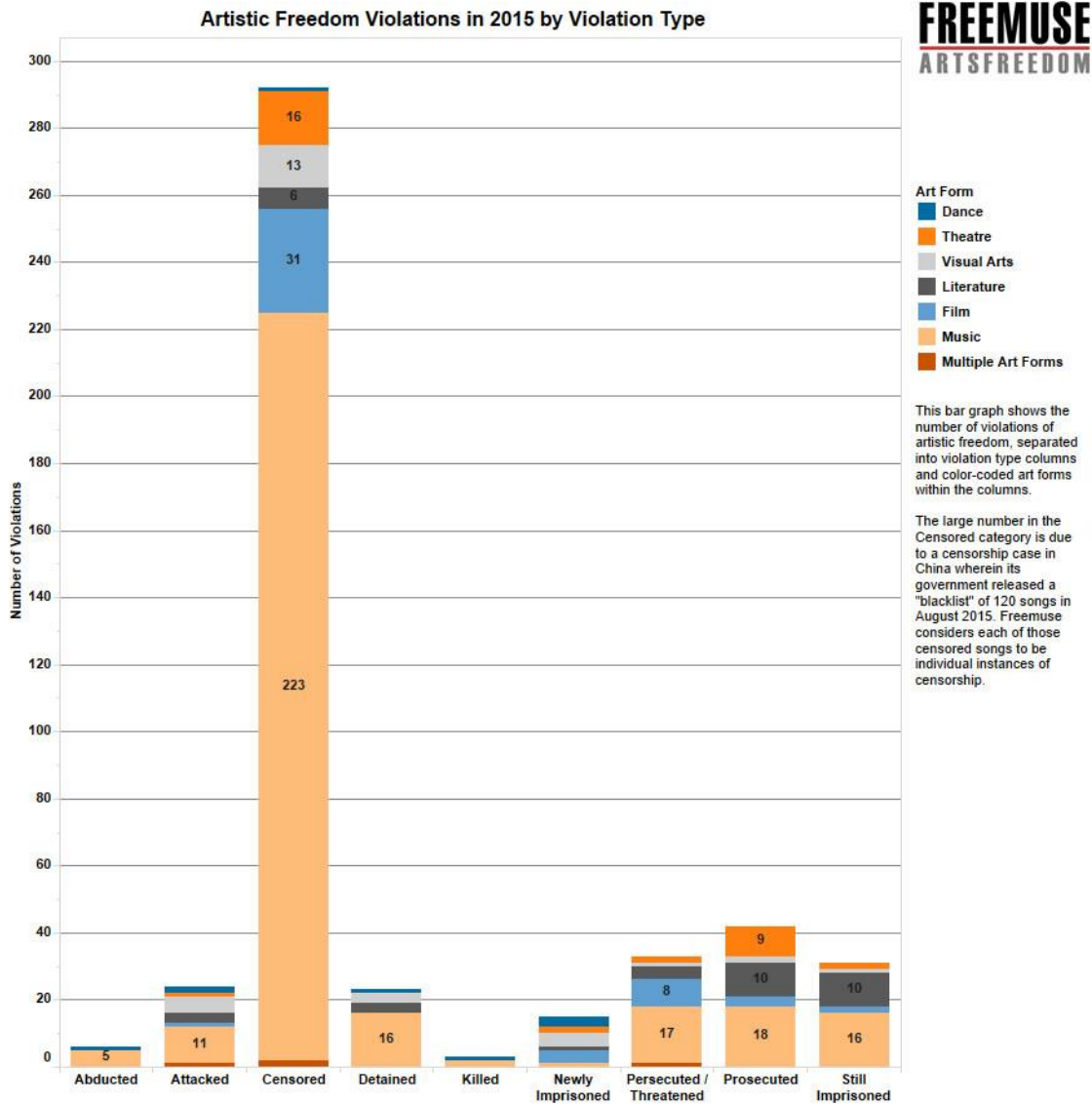
Soca, Iván. “Silvio Rodríguez por los barrios: El 6 de enero en Santa Clara”. *Cubadebate*.

4 de enero de 2017. ⟨<http://www.cubadebate.cu/etiqueta/silvio-rodriguez-por-los-barrios/>⟩. Consulta: 22 de junio de 2016.

Verdesoto, Irina. “Gestión del espacio público para la cultura”, *El Telégrafo* (Quito), 12 de agosto de 2013.

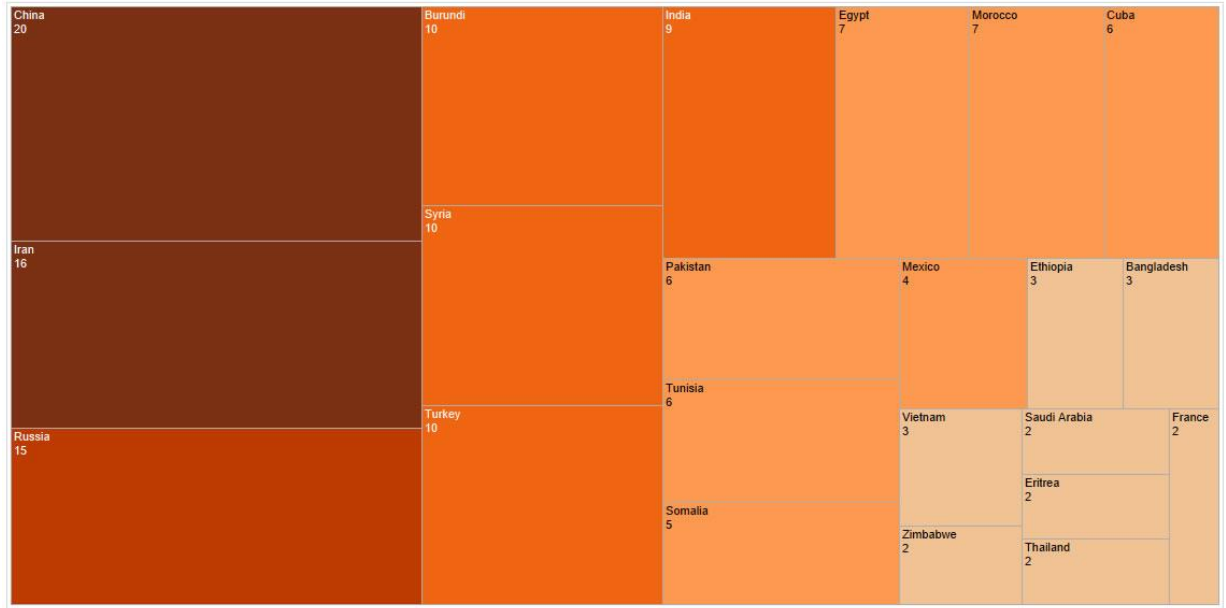
ANEXOS

Estadísticas anuales de Freemuse⁶²⁸ sobre censura y ataques a la libertad artística en 2015



⁶²⁸ Freemuse es una organización internacional independiente que defiende la libertad de expresión artística. Desde 2012, ha tenido un estatus consultivo especial ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), proporcionando investigación y orientación sobre cuestiones de libertad artística en todo el mundo. Freemuse tiene su sede en Copenhague, Dinamarca y está registrada como una organización sin fines de lucro: número de CVR / VAT DK28161921 (nota del autor).

Serious Violations of Artistic Freedom in 2015 Killings, Abductions, Attacks, Threats and Imprisonment

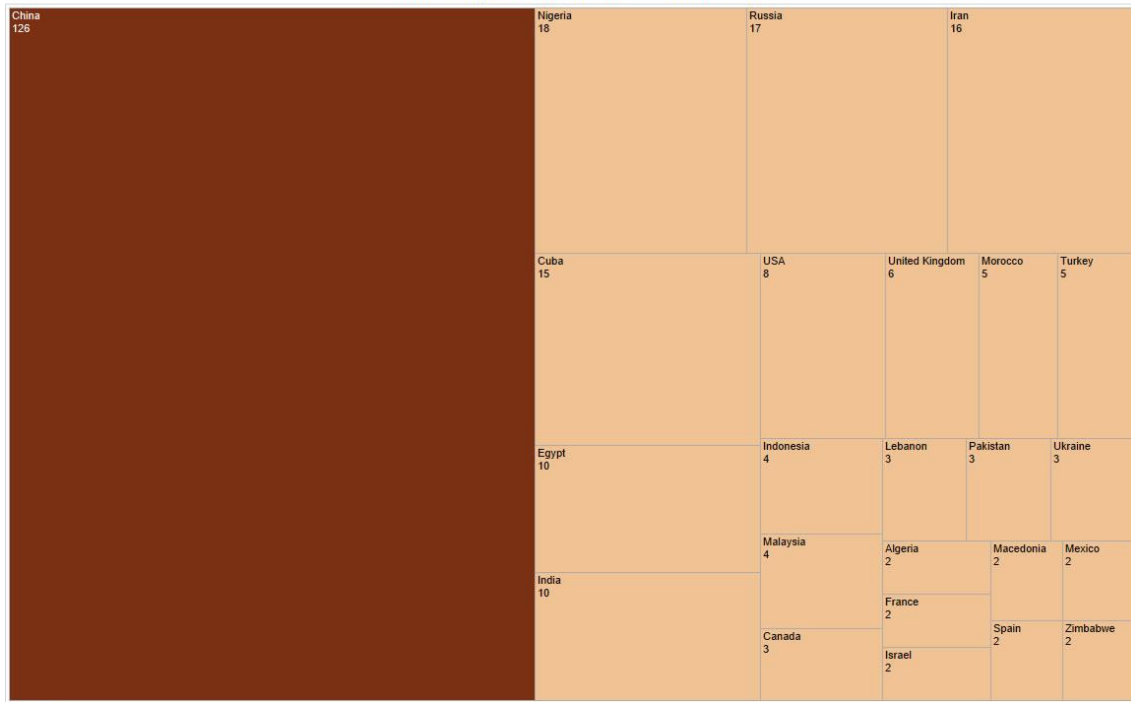


Number of Artists
0 20

This treemap shows the countries that had serious violations of artistic freedom in 2015. Those countries with the most violations are in larger boxes and darker colours; those with fewer violations are in smaller boxes and lighter colours. This chart excludes censorship; however, it includes all the other categories Freemuse monitors: killings, abductions, attacks, threats/persecutions, detentions, and imprisonments (both new for 2015 and ongoing from previous years). Countries with 1 or less violation in the categories were also excluded from the list.

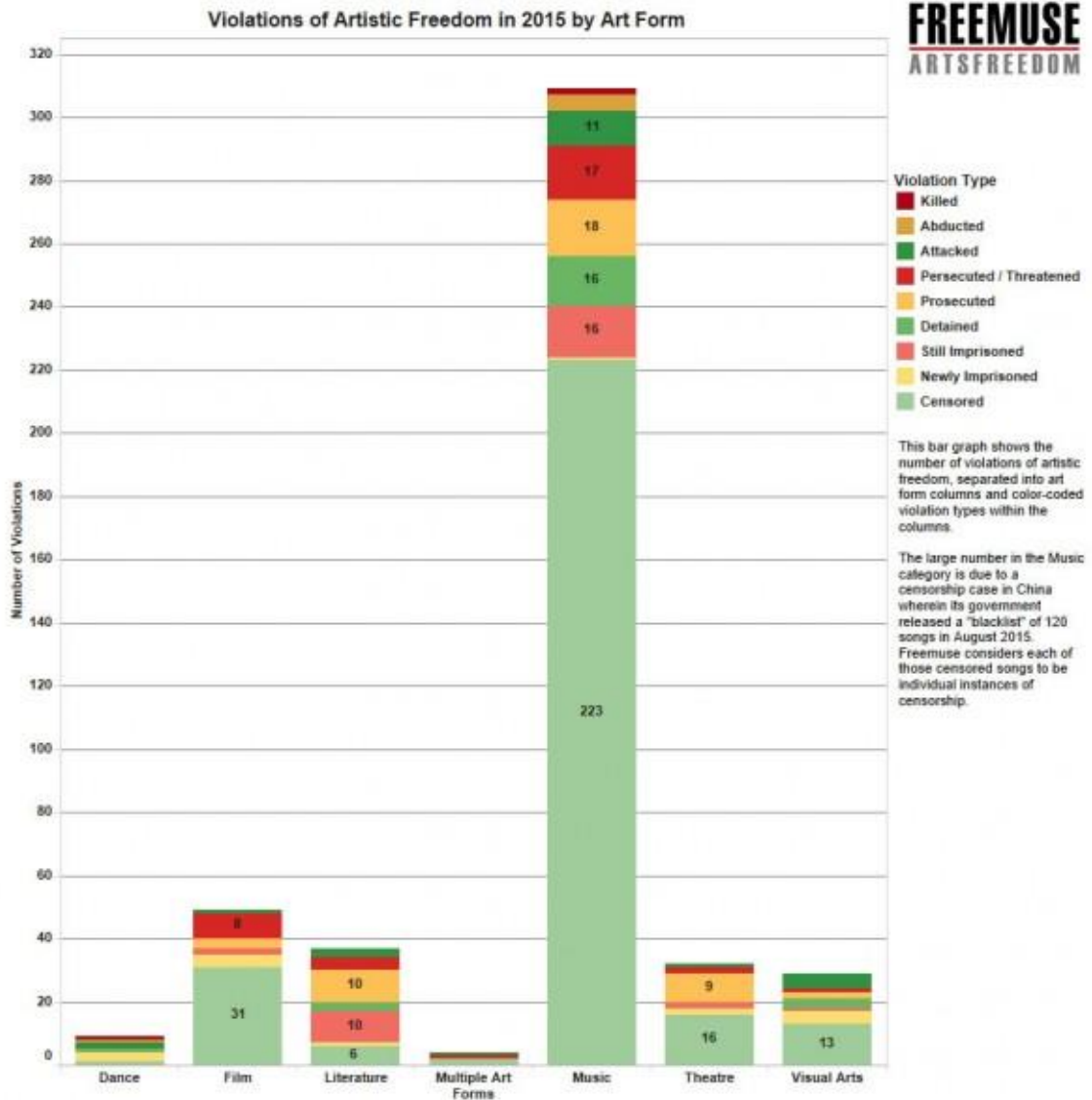


Censorship of Artistic Freedom in 2015



This treemap shows the countries that had censorship violations of artistic freedom in 2015. Those countries with the most violations are in larger boxes and darker colours; those with fewer violations are in smaller boxes and lighter colours. This chart is only for censorship cases Freemuse documented in 2015 and excludes all the other categories Freemuse monitors: killings, abductions, attacks, threats/persecutions, detentions, and imprisonments (both new for 2015 and ongoing from previous years). Countries with 1 or less censorship violation were also excluded from the list.

FREEMUSE
ARTSFREEDOM



Según Freemuse, el año pasado los ataques contra las libertades artísticas aumentaron de manera considerable: un 20% más de casos de asesinatos, maltratos, secuestros, encarcelamientos y amenazas, y un asombroso aumento del 224% en actos de censura. Freemuse registró -gracias los reportes e informes de sus colaboradores en todo el mundo- un total de 469 casos de censura. Es el peor año registrado, pues casi ha duplicado el número de casos de 2014. Las estadísticas de la asociación muestran que la música es la disciplina más violada, representa el 66% del total de casos (309) es decir un preocupante aumento con respecto a los 90 casos del año 2014.

Freemuse Statistics on Artistic Freedom of Expression Violations 2015



Country	Violation Categories									Total per Country
	Persecuted/Threatened	Attacked	Abducted	Killed	Detained	Prosecuted	Newly Imprisoned	Still Imprisoned	Censored	
Afghanistan		1								1
Algeria	1								2	3
Angola						1				1
Argentina		1							1	2
Australia	1									1
Azerbaijan									1	1
Bahrain						1				1
Bangladesh	3								1	4
Belarus						1				1
Belgium	1									1
Bolivia	1									1
Burkina Faso		1								1
Burundi	7	1				2				10
Cameroon								1		1
Canada									3	3
China					4	1		15	126	146
Costa Rica									1	1
Cuba					2	1	1	2	15	21
Denmark		1								1
Ecuador									1	1
Egypt	1				2	1	3		10	17
Eritrea								2		2
Ethiopia			2		1				1	4
France		2							2	4
Gambia	1									1
Germany		1								1
India	3	2			3	1			10	19
Indonesia									4	4
Iran	2				4	8	2		16	32
Israel	1								2	3
Japan						1				1
Jerusalem										
Kenya									1	1
Kuwait									1	1
Latvia									1	1
Lebanon									3	3
Macedonia									2	2
Malawi									1	1
Malaysia						1			4	5
Mexico			3	1					2	6
Morocco	1	1				4		1	5	12
Myanmar						1				1
New Zealand									1	1
Nigeria							1		18	19
North Korea									1	1
Pakistan		3	1	2					3	9
Paraguay						1				1
Poland	1									1
Qatar								1		1
Russia	1	3				11			17	32
Saudi Arabia	1							1	1	3
Singapore									1	1
Somalia					5					5
South Africa		1								1
South Korea									1	1
Spain									2	2
Sudan									1	1
Sweden	1									1
Syria	1	4						5	1	11
Thailand							2		1	3
Tunisia					1		5			6
Turkey	4	1			1	3	1		5	15
Uganda						1				1
Ukraine									3	3
United Arab Emirates									1	1
United Kingdom									6	6
USA						1			8	9
Uzbekistan									1	1
Venezuela									1	1
Vietnam								3		3
Zambia						1				1
Zimbabwe	2								2	4
Global									1	1
TOTAL	33	24	6	3	23	42	15	31	292	469
	Persecuted/Threatened	Attacked	Abducted	Killed	Detained	Prosecuted	Newly Imprisoned	Still Imprisoned	Censored	TOTAL VIOLATIONS

Violaciones a la libertad de creación y expresión artística en el Informe de seguimiento de la Convención de 2005 sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales UNESCO del año 2015

Violaciones del derecho a la libertad de expresión artística (2010-2013)

Fuente: ARTÍCULO 19, 2010-2013

Justificaciones para restringir la expresión artística



35.7%
Crítica política



22.4%
Género, sexualidad y desnudez



16.6%
Valores "tradicionales" o religiosos



10.8%
Ofensa o insultos

4.9% Insultos contra símbolos del Estado
4.7% Seguridad nacional
1.8% Orden público
0.7% Privacidad

Interferencias por forma de disciplina



28%
Música



22.3%
Cine, video y televisión



16.1%
Literatura y poesía



11%
Pintura, grabado y dibujo

5.3% Humor gráfico
4.4% Fotografía
4.0% Teatro
3.8% Sátira y comedia
2.4% Grafiti
1.5% Danza
1.1% Escultura

Responsable Infractor



77.3%
Estado

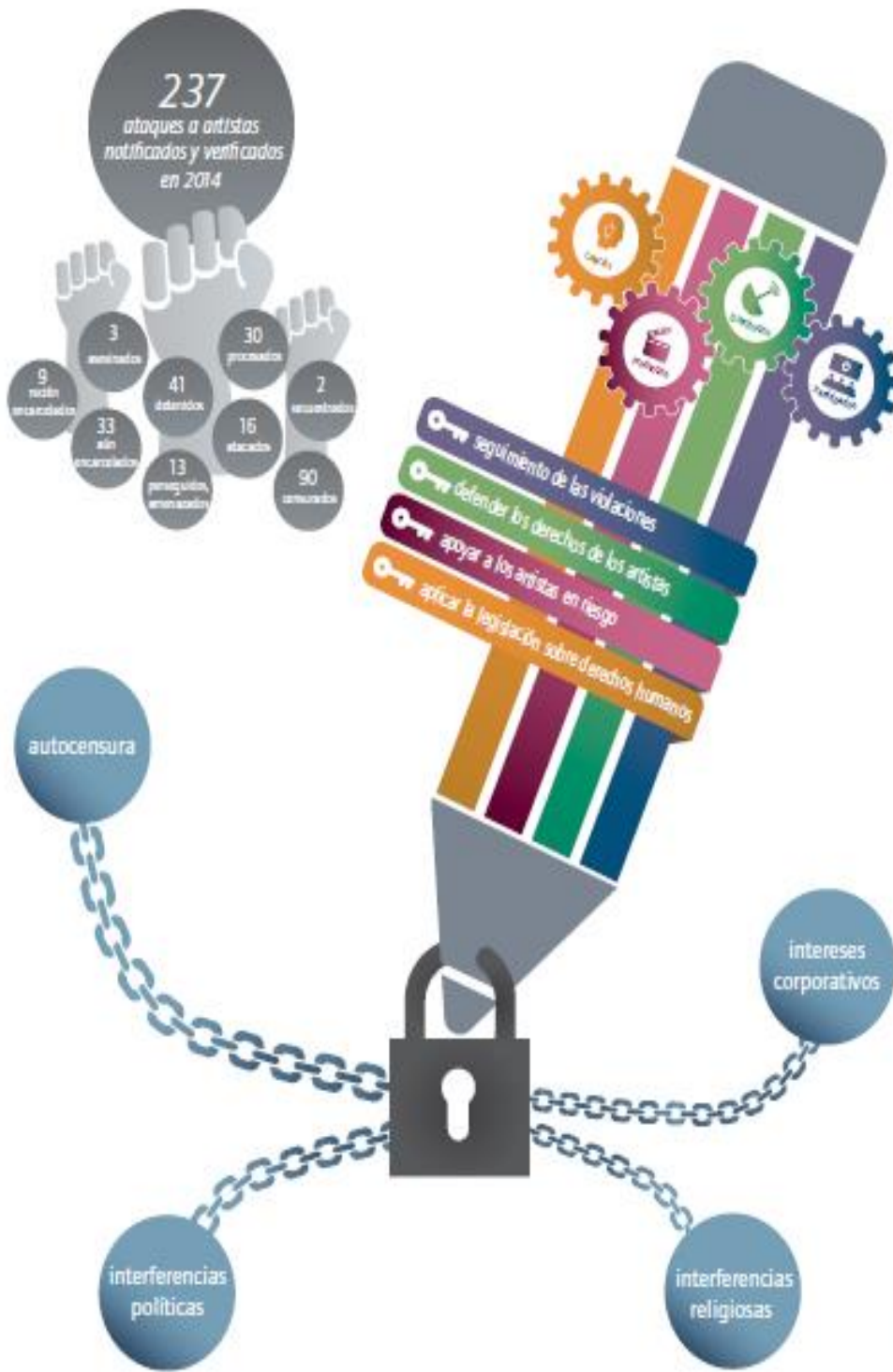


7.6%
Empresa privada



4.9%
Presión del público

2.8% Página web o medio social
2.1% Emisora
1.3% Editorial
1.1% Institución o representante religioso
0.8% Festival
0.6% Grupos activistas
0.4% Otros

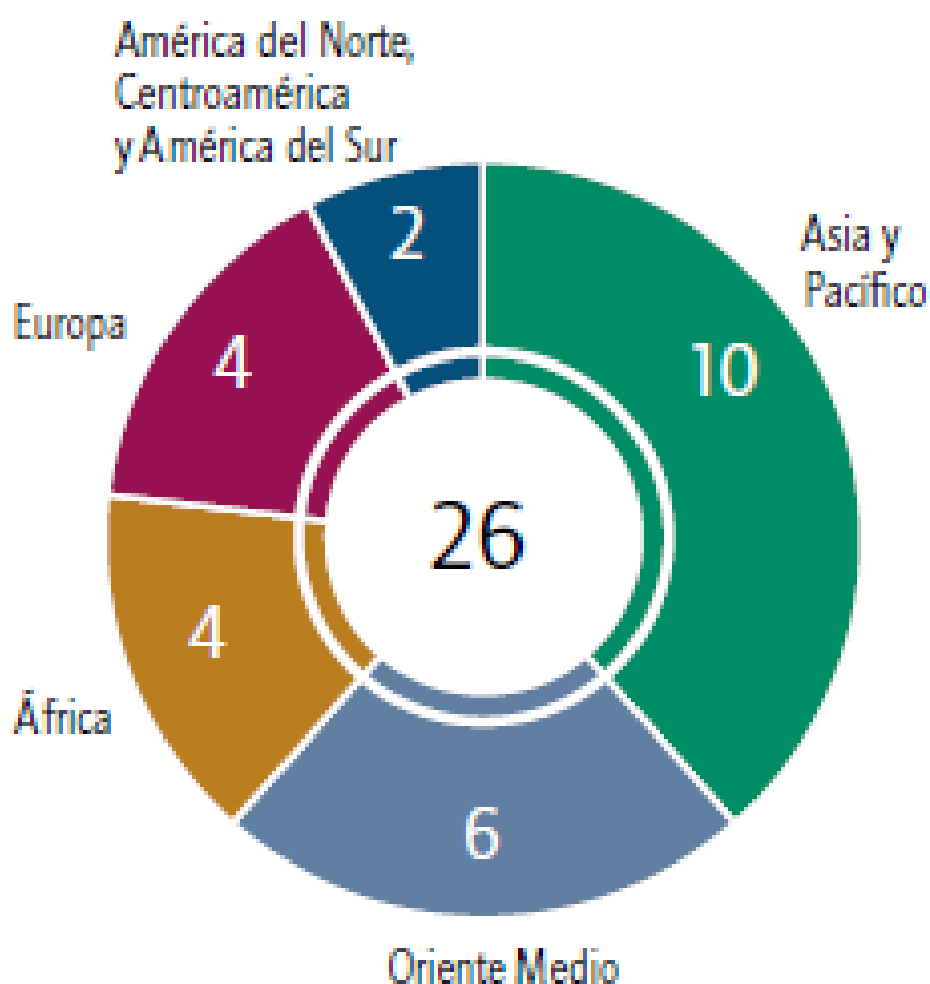


Fuente: E. Escobar

Estadísticas tomadas de PEN Internacional en el año 2014.⁶²⁹

Porcentaje de artistas detenidos, procesados o perseguidos por su obra literaria o musical en 2014, por región

Fuente: Lista de Casos de PEN Internacional, 2014



⁶²⁹ PEN Internacional, es una asociación mundial de escritores, fundada en Londres en 1921 para promover la amistad y cooperación intelectual entre escritores de todo el mundo, la asociación cuenta con 149 centros PEN Internacional independientes, distribuidos en más de 100 países, y constituye la más antigua organización de defensa de los derechos humanos y organización literaria internacional.

Porcentaje de artistas detenidos, procesados o perseguidos por su obra literaria o musical en 2014, por profesión

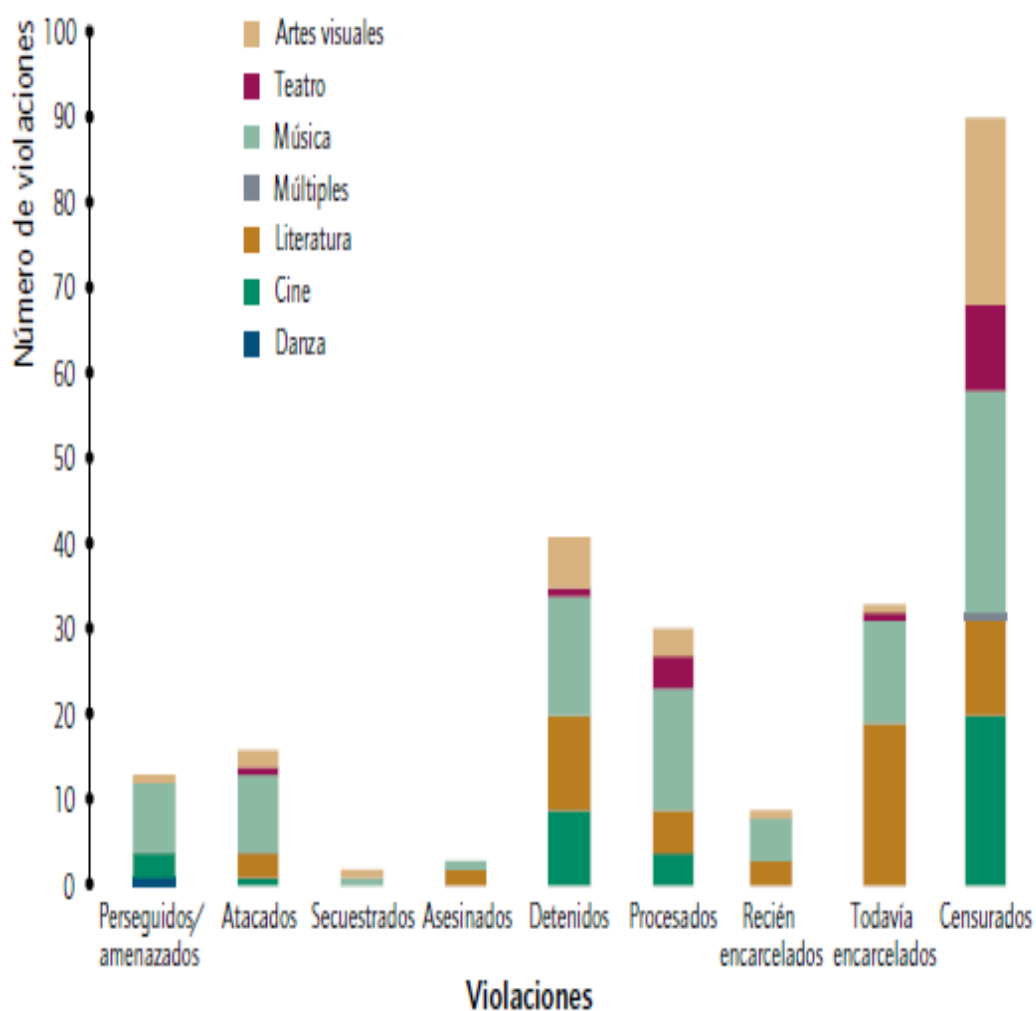
Fuente: Lista de Casos de PEN International, 2014



Violaciones a la libertad de expresión artística en el año 2014 registradas por Freemuse.

Número total de violaciones a la libertad de expresión por sector y por tipo de violación (2014)

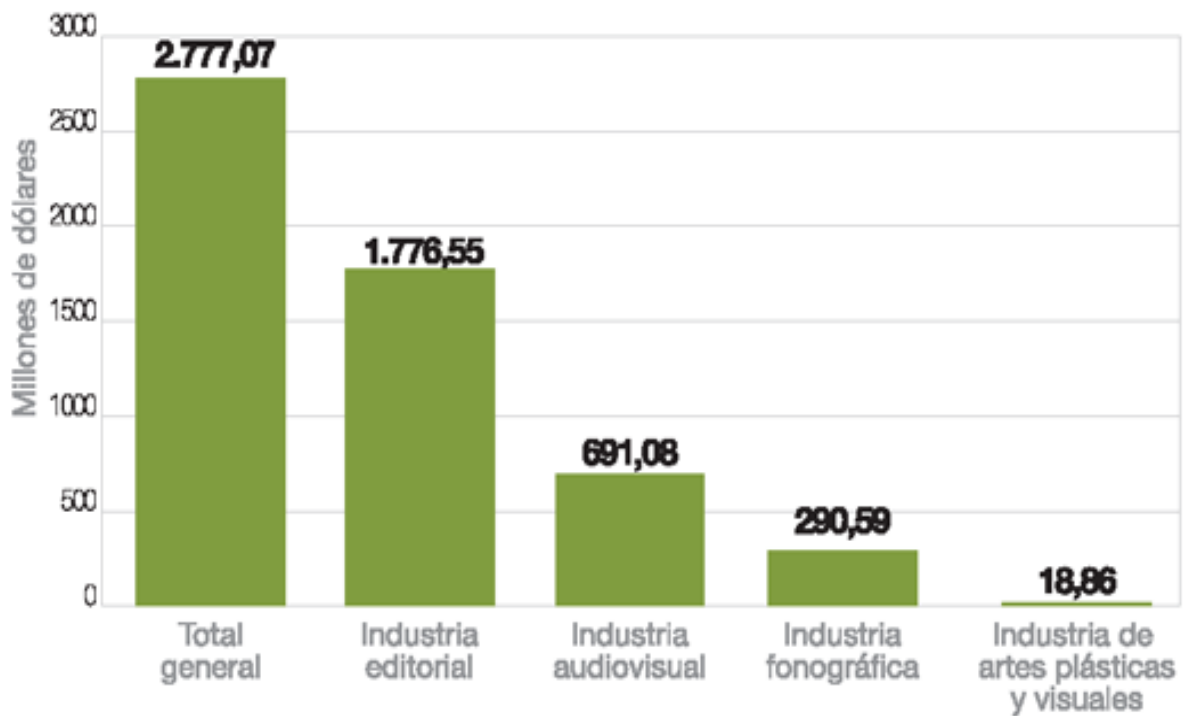
Fuente: Freemuse, 2014.



Información cultural Ecuador

Ingresos por principal producto y servicio comercializado /ofrecido (1)

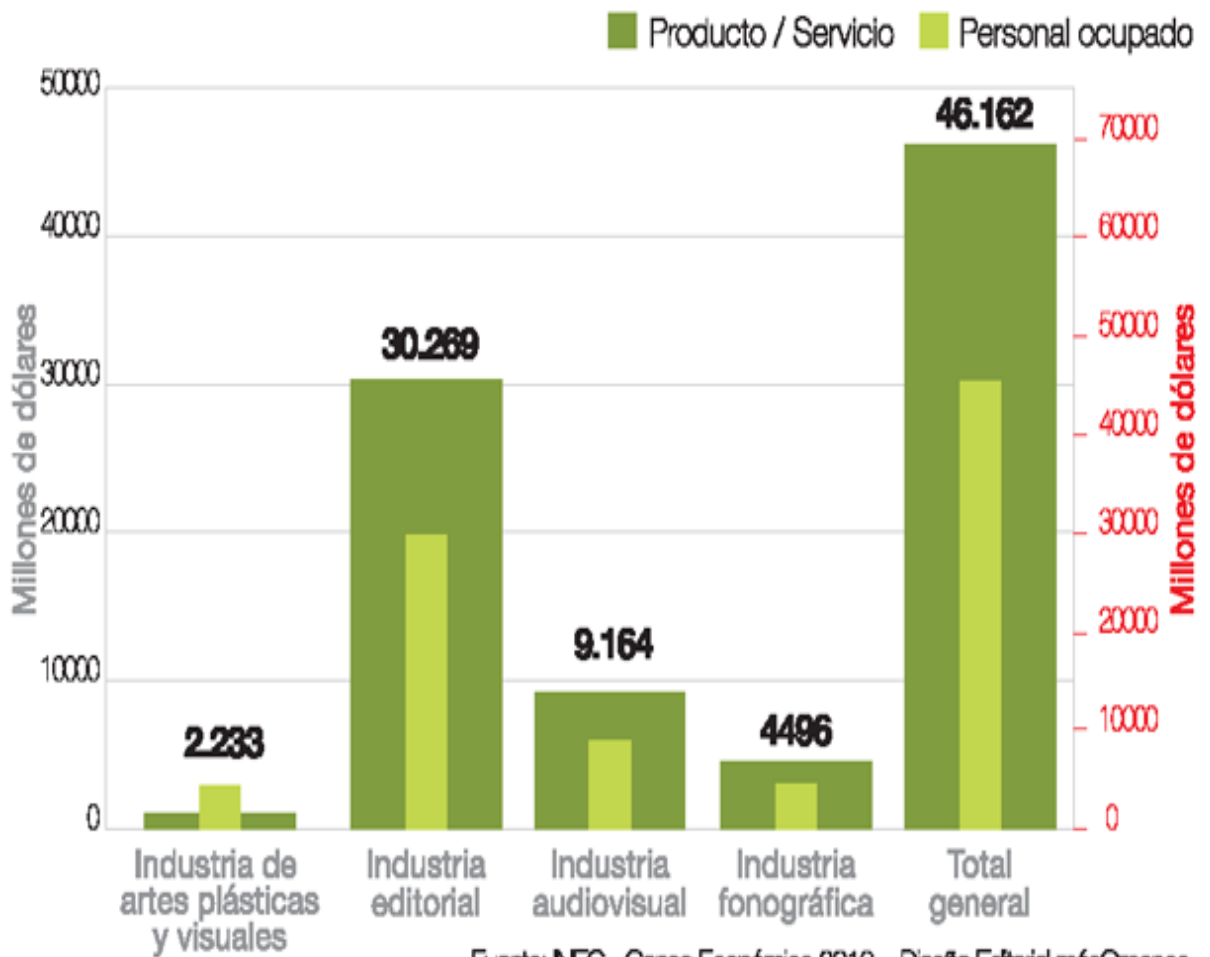
La industria editorial es la que más ingresos genera.



Fuente: NEC - Censo Económico 2010. - Diseño Editorial másQmenos.

Personal ocupado por industria cultural (2)

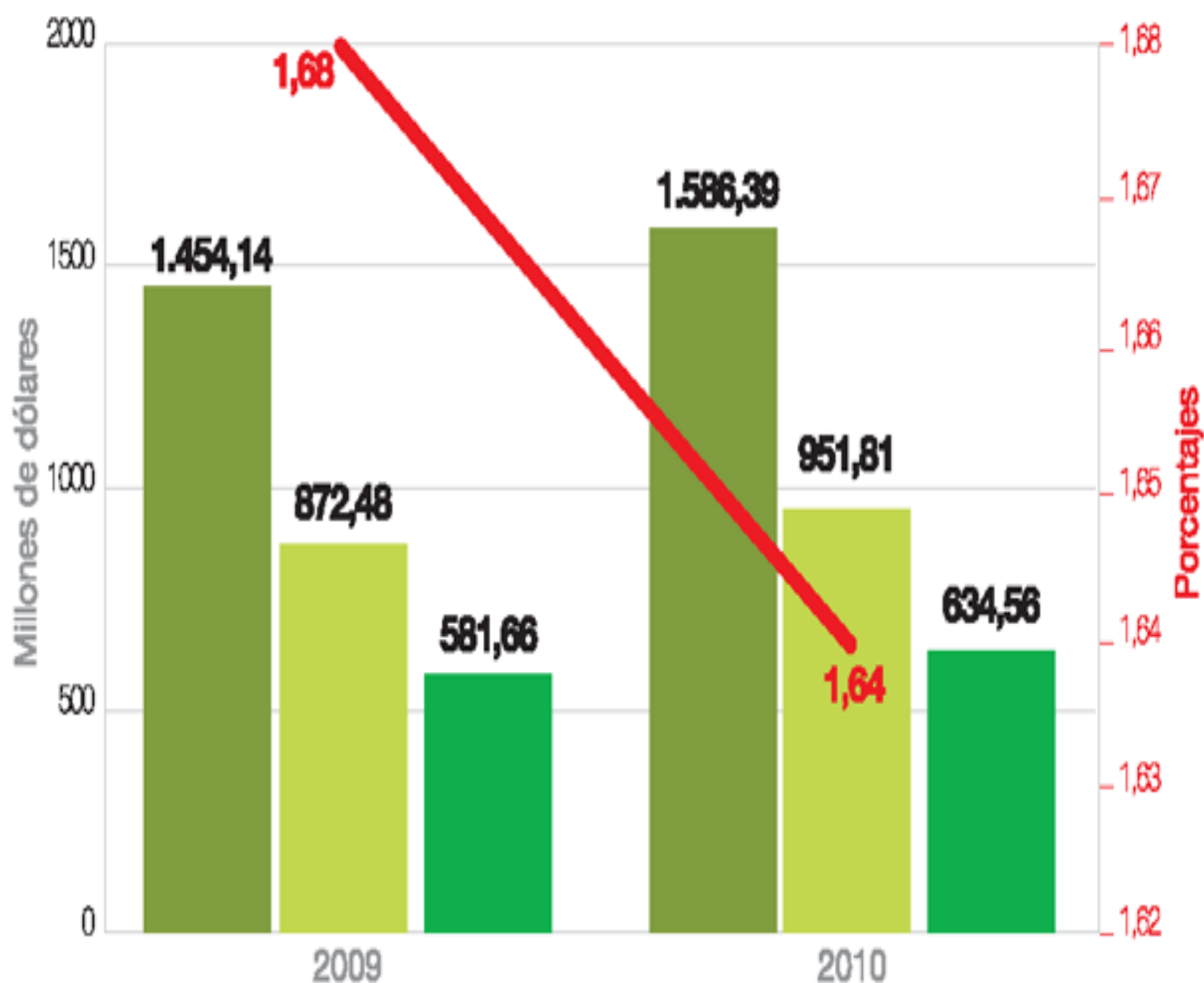
La industria de artes plásticas y visuales es la que menos empleo ocasionó.



Participación de actividades culturales en el PIB (4)

Las artes plásticas y los libros, entre otros, aportaron al PIB con el 1,64% en 2012

■ Total Ingresos (ventas) ■ Consumo Intermedio ■ Valor agregado ■ % participación PIB



Fuente: Banco Central del Ecuador. - Diseño Editorial másOmenos.

Gasto público en cultura entre 2009 y 2010 (5)

El presupuesto destinado a este sector se redujo casi en una tercera parte en 2010.

■ Entidades sector cultura ■ Entidades sector educación

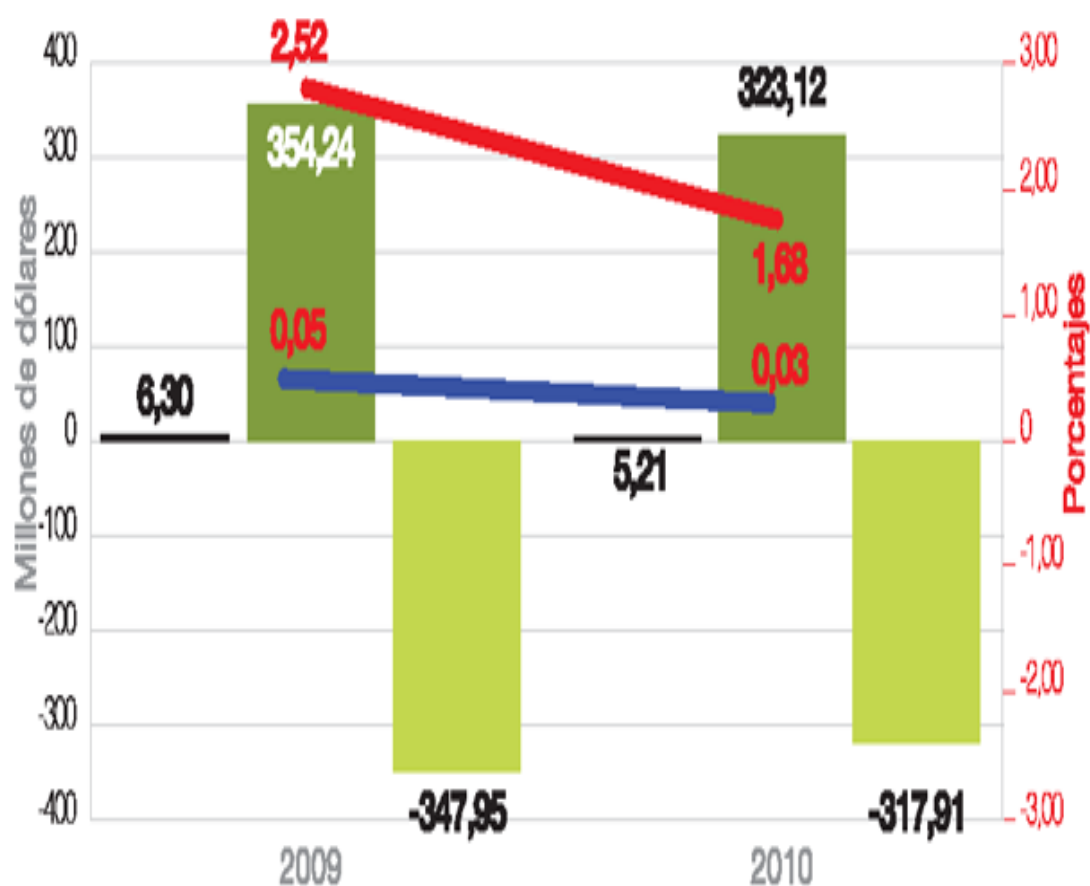


Fuente: Ministerio de Finanzas - Diseño Editorial másQmenos.

Balanza comercial cultural (7)

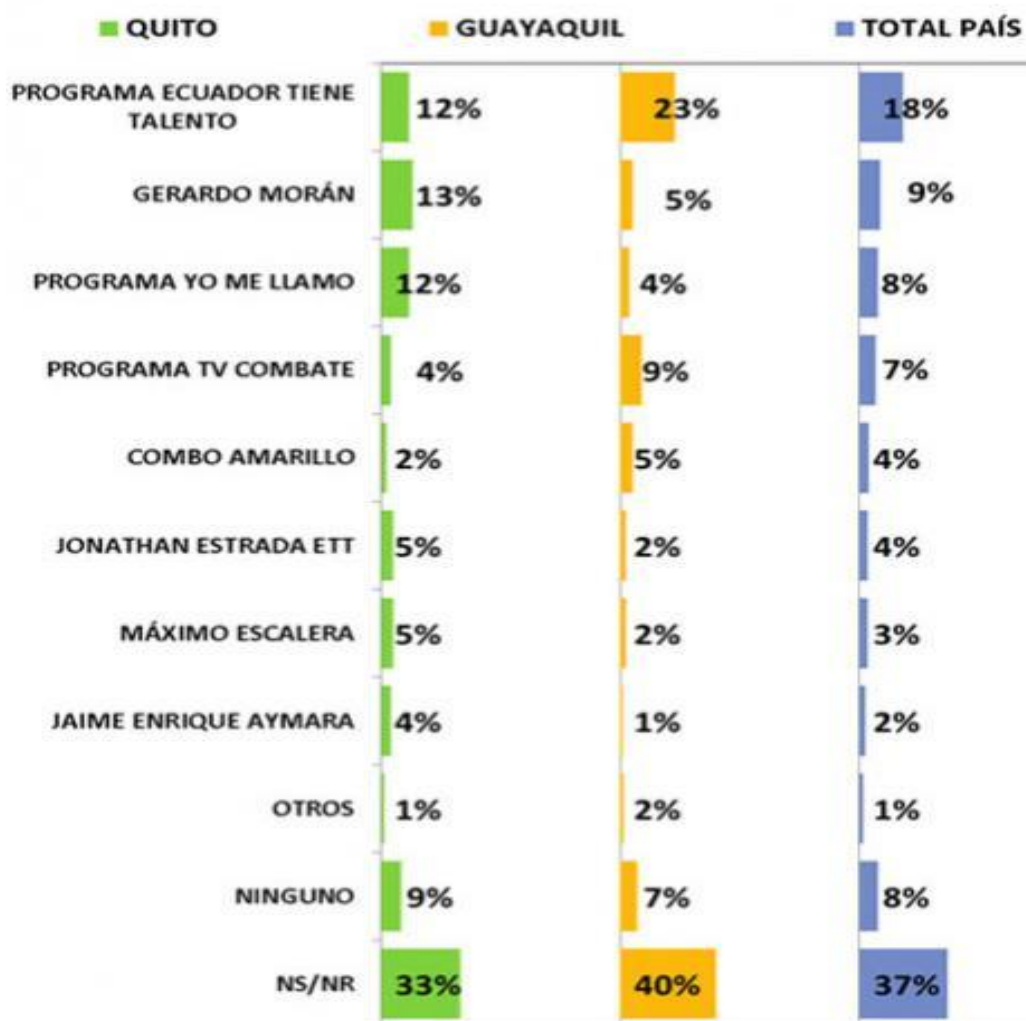
Ecuador es un importador neto de bienes y servicios culturales.

- Exportaciones de bienes culturales
- Importaciones de bienes culturales
- Balanza comercial cultural
- % participación cultura en importaciones
- % participación cultura en exportaciones



Fuente: Banco Central del Ecuador - Diseño Editorial másOmenos.

PERSONAJE DEL ECUADOR MÁS IMPORTANTE EN EL ARTE Y CULTURA



“La reciente encuesta de Cedatos en materia de arte y cultura en 2014 levanta el debate en torno a la relación de los ecuatorianos con el entorno artístico y cultural. Según la encuesta, un 18% identifica al programa Ecuador tiene talento como referente en este ámbito –seguido por Gerardo Morán (9%), Yo me llamo (8%) y Combate (7%), entre los primeros lugares–. En esta lista, obtenida de entrevistas con preguntas abiertas a 2.128 hogares de 15 ciudades del país, se excluye a personajes que trabajan en literatura, artes plásticas, música académica o arte urbano. ¿Hay una línea difusa entre arte y entretenimiento que confunde a los ecuatorianos? Pero no es solo confusión, también hay

desconocimiento; un 45% de la población no da una respuesta o dice que nadie amerita ser el personaje o hecho de las artes y la cultura del Ecuador.”⁶³⁰

⁶³⁰ Diario *El Comercio* (Quito) *La difusa línea entre arte y entretenimiento*, en <http://www.elcomercio.com/tendencias/arte-entretenimiento-cultura-ecuador-confusion.html>, consulta: 9 de agosto de 2017.